

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA CIUDAD
DE BUENOS AIRES

XVI

2014/D



TRIBUNAL SUPERIOR
DE **JUSTICIA**
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



www.tsjbaires.gov.ar



@TSJBaires



tsjbaires

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Constitución y justicia : fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019. (vol. XVI – 2014/D)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-025-1

1. Tribunal Superior de Justicia. 2. Jurisprudencia. 3. Derecho Constitucional. I.
Título.
CDD 342

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-025-1



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

PRESIDENTE

Dr. Lozano, Luis F.

VICEPRESIDENTE

Dr. Casás, José O.

JUECES

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

Dra. Conde, Ana María

Dra. Weinberg, Inés M.

SECRETARIA JUDICIAL EN ASUNTOS ORIGINARIOS

Dra. Tadei, Alejandra

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS GENERALES

Dr. Perrone, José M.

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS Y TRIBUTARIOS

Dr. Said, José L.

SECRETARIO JUDICIAL EN ASUNTOS PENALES,
CONTRAVENCIONALES Y DE FALTAS

Dr. Mandalunis, José L.

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

**FALLOS DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA CIUDAD
DE BUENOS AIRES**

XVI

2014/D

ÍNDICE

DLXIV	<i>Bustillo, Jimena s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bustillo, Jimena s/infr: art. 2.2.1, permiso y planos de obra - L 451</i>	3469
	Expte. SAPCyF n° 9930/13 - 1°/10/2014	3469
DLXV	<i>Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Alfaro Quispe, Juan Carlos s/infr: art. 183, C.P.</i>	3470
	Expte. SAPCyF n° 10.108/13 - 1°/10/2014	3470
DLXVI	<i>Chávez, Raúl Ruperto s/infr: art. III, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3471
	Expte. SAPCyF n° 10.758/14 - 1°/10/2014	3471
DLXVII	<i>Rodríguez, Lidia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ferrucci, José Cayetano y otra s/infr: art.(s). 153 bis, C.P.</i>	3478
	Expte. SAPCyF n° 10.307/13 - 1°/10/2014	3478
DLXVIII	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Chocobar, Jorge Rafael s/art. III, CC</i>	3483
	Expte. SAPCyF n° 11.086/14 - 1°/10/2014	3483
DLXIX	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ramirez Vargas, Carlos Ignacio s/art. 1472:III Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes</i>	3484
	Expte. SAPCyF n° 11.155/14 - 1°/10/2014	3484
DLXX	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Illanes Doria, Gerónimo s/art. III, CC</i>	3486
	Expte. SAPCyF n° 10.615/14 - 1°/10/2014	3486
DLXXI	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Sosa, Ariel Ángel</i>	

X

	<i>s/infr. art(s). 183 Daños - C.P. (p/L 2303); 149 bis, Amenazas - C.P. (p/L 2303)</i>	3487
	Expte. SAPCyF n° 10.449/13 - 1°/10/2014	3487
DLXXII	<i>Flores, Bernabé Martín s/infr. art. 111, CC conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3498
	Expte. SAPCyF n° 10.667/14 - 1°/10/2014	3498
DLXXIII	<i>Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones PCyF —Unidad Fiscal Sur— de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de apelación en autos Montalvo Arroyo, Angel s/infr. art(s). 111, Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC</i>	3501
	Expte. SAPCyF n° 10.686/14 - 1°/10/2014	3501
DLXXIV	<i>Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Villalba, Marcelo Alberto s/infr. art. 128, párr. 1° del C.P.</i>	3502
	Expte. SAPCyF n° 9905/13 - 1°/10/2014	3502
DLXXV	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Recurso de inconstitucionalidad en autos “Felgueras, César s/infr. art(s) 111, CC”</i>	3504
	Expte. SAPCyF n° 10.933/14 - 1°/10/2014	3504
DLXXVI	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Álvarez, María Florencia s/infr. art. 111, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes</i>	3511
	Expte. SAPCyF n° 10.451/13 - 1°/10/2014	3511
DLXXVII	<i>Nardulli, Luciano y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Recurso de inconstitucionalidad en autos Pérez Ojeda, Diosnel y otros s/inf. art. 181, inc. 1° - C.P.</i>	3513
	Expte. SAPCyF n° 11.055/14 - 1°/10/2014	3513
DLXXVIII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mendoza, Mirta Graciela y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3516
	Expte. SACAyT n° 9674/13 - 8/10/2014	3516
DLXXIX	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Fusari, Neris Amanda y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3518
	Expte. SACAyT n° 9647/13 - 8/10/2014	3518

DLXXX	<i>Textil Argentino SRL y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA c/Textil Argentino SRL y otros s/ej. fisc. - ing. brutos convenio multilateral</i>	3524
	Expte. SACAyT n° 9843/13 - 8/10/2014	3524
DLXXXI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Fusari, Neris Amanda y otros c/Presidente del IVC Roberto Apelbaum y otros s/otros procesos incidentales</i>	3526
	Expte. SACAyT n° 10.395/14 - 8/10/2014.	3526
DLXXXII	<i>Incidente de apelación en autos Huaman Tito, Valerio s/art. III, CC, Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3530
	Expte. SAPCyF n° 10.876/14 - 8/10/2014	3530
DLXXXIII	<i>Incidente de apelación en autos López, María Adriana y otros s/art. 106 del C.P. s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3546
	Expte. SAPCyF n° 10.757/14 - 8/10/2014	3546
DLXXXIV	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Frias, Héctor Antonio s/infr. art(s). 149 bis, C.P.</i>	3549
	Expte. SAPCyF n° 10.417/13 - 8/10/2014	3549
DLXXXV	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en Incidente de Restitución de Inmueble sito Scalabrini Ortiz 553/57 en autos NN s/infr. art. 181, inc. 1°, C.P.</i>	3552
	Expte. SAO n° 11.462/14 - 10/10/2014	3552
DLXXXVI	<i>Gutiérrez, Miriam Zulema y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Gutiérrez, Miriam Zulema c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3556
	Expte. SACAyT n° 10.197/13 - 10/10/2014.	3556
DLXXXVII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mamani, Margarita c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3567
	Expte. SACAyT n° 9964/13 - 10/10/2014	3567
DLXXXVIII	<i>Argencuer SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA c/Argen Cuer S.A. s/ej. fisc. - otros.</i>	3568
	Expte. SACAyT n° 9842/13 - 10/10/2014	3568
DLXXXIX	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Guantay, Luis Alfredo s/Infr. art. 184: 5 Daños (agravado por el objeto) C.P. (p/L 2303)</i>	3571
	Expte. SAPCyF n° 10.584/14 - 10/10/2014	3572

XII

DXC	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Sluszkiewicz, Roman c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3576
	Expte. SACAyT n° 9958/13 - 10/10/2014	3576
DXCI	<i>Rentería, Mario Claudio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rentería, Mario Claudio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3578
	Expte. SACAyT n° 9794/13 - 10/10/2014	3578
DXCII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Cabezas, Juan c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3593
	Expte. SACAyT n° 9778/13 - 10/10/2014	3593
DXCIII	<i>Meozzi, Norma Mercedes s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Meozzi, Norma Mercedes c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3595
	Expte. SACAyT n° 10.213/13 - 10/10/2014.....	3595
DXCIV	<i>Pagliari, Aldo Javier s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Pagliari, Aldo Javier c/GCBA y otros s/amparo.</i> . . .	3600
	Expte. SACAyT n° 9867/13 - 10/10/2014	3600
DXCV	<i>Bejer, Jorge Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bejer, Jorge Alberto c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en “Bejer, Jorge Alberto c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3616
	Expte. SACAyT n° 10.886/14 - 10/10/2014.....	3616
DXCVI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rojas, Segundo Juan Rene c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i> .	3630
	Expte. SACAyT n° 9782/13 - 10/10/2014	3630
DXCVII	<i>Consejo de la Magistratura de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Espinosa Bonifacio y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales</i>	3632
	Expte. SACAyT n° 10.164/13 - 10/10/2014.....	3632
DXCVIII	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Legajo de juicio en autos Kandin, Miguel s/infr. art(s). 149 bis, amenazas - C.P. (p/L 2303).</i>	3635
	Expte. SAPCyF n° 10.591/14 - 15/10/2014.....	3635
DXCX	<i>Arzac, Graciela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Recurso de Inconstitucionalidad en autos Arzac, Graciela s/infr. art. 149 bis, C.P.</i>	3639
	Expte. SAPCyF n° 10.891/14 - 15/10/2014.....	3639

DC	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Legajo de juicio de Valdivia, Jorge Alberto s/art. 11179:149 bis, parr 1° Amenazas - C.P.</i>	3650
	Expte. SAPCyF n° 11.096/14 - 15/10/2014	3650
DCI	<i>Ministerio Público de la CABA - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Arjona Cabello, Cristian Gabriel s/infr. art. III, CC</i>	3652
	Expte. SAPCyF n° 10.923/14 - 15/10/2014	3652
DCII	<i>Cardenas, Eduardo D. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad s/beneficio de litigar sin gastos</i>	3658
	Expte. SAO n° 9884/14 - 22/10/2014.....	3658
DCIII	<i>Caputo, Elizabeth Marina Ana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Caputo, Elizabeth Marina Ana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA).....</i>	3660
	Expte. SACAyT n° 10.726/14 - 22/10/2014.....	3660
DCIV	<i>Paz, Mirtha Viviana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Paz, Mirtha Viviana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3667
	Expte. SACAyT n° 10.004/13 - 22/10/2014.....	3667
DCV	<i>Herrera, Juan Francisco c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3681
	Expte. SACAyT n° 10.436/13 - 22/10/2014.....	3681
DCVI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Sánchez, Miguel Ángel c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) ..</i>	3693
	Expte. SACAyT n° 10.346/13 - 22/10/2014.....	3693
DCVII	<i>Vallejos, Luis Domingo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido.....</i>	3721
	Expte. SACAyT n° 10.168/13 - 22/10/2014.....	3721
DCVIII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Huaca Saldaña, Carmen Liliana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) .</i>	3760
	Expte. SACAyT n° 10.490/13 - 22/10/2014.....	3760
DCIX	<i>Cisneros, Marcelo Adrián c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3772
	Expte. SACAyT n° 10.170/13 - 22/10/2014.....	3772
DCX	<i>Gómez, Marcos Rodolfo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Gómez, Marcos Rodolfo c/GCBA y otros s/otro procesos incidentales</i>	3784
	Expte. SACAyT n° 10.088/13 - 22/10/2014.....	3784

XIV

DCXI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Ayala, Sonia Mabel y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i> .	3791
	Expte. SACAyT n° 9982/13 - 22/10/2014	3791
DCXII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Gamarra, Mirta Isabel y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3803
	Expte. SACAyT n° 10.096/13 - 22/10/2014.	3803
DCXIII	<i>Giménez Valdez, Gumercinda y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Giménez Valdez, Gumercinda c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3815
	Expte. SACAyT n° 9934/13 - 22/10/2014	3815
DCXIV	<i>Castañeda Torres, Carmen Viviana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i> . .	3829
	Expte. SACAyT n° 10.548/13 - 22/10/2014.	3829
DCXV	<i>Sánchez, Edgardo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3847
	Expte. SACAyT n° 9882/13 - 22/10/2014	3847
DCXVI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Molinas, Sandra Susana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3849
	Expte. SACAyT n° 10.360/13 - 22/10/2014.	3849
DCXVII	<i>Herrera, Mabel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Herrera, Mabel c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	3853
	Expte. SACAyT n° 10.196/13 - 22/10/2014.	3853
DCXVIII	<i>Nemerovsky, Cecilia Verónica y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3865
	Expte. SACAyT n° 10.453/13 - 22/10/2014.	3865
DCXIX	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en C., Ñ. C. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA).</i>	3875
	Expte. SACAyT n° 10.403/13 - 22/10/2014.	3875
DCXX	<i>Salvador, Fabiana María c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3878
	Expte. SACAyT n° 9767/13 - 22/10/2014	3878
DCXXI	<i>Asesoría Tutelar n°3 Contencioso Administrativo y Tributario c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3879
	Expte. SACAyT n° 10.013/13 - 22/10/2014.	3879

	XV
DCXXII <i>Huaman Huaman, Carmen Rosana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3897
Expte. SACAyT n° 10.877/14 - 22/10/2014	3897
DCXXIII <i>Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA (Secretaria de Hacienda y Finanzas) s/impugnación actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido</i>	3915
Expte. SACAyT n° 10.347/13 - 22/10/2014	3915
DCXXIV <i>Ministerio Público de la CABA - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Aballay, Osvaldo Delio s/art. 1472:111 Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC</i>	3922
Expte. SAPCyF n° 10.927/14 - 22/10/2014	3922
DCXXV <i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Este de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Frassoldati, Franco s/art. 111, CC</i>	3924
Expte. SAPCyF n° 11.191/14 - 22/10/2014	3924
DCXXVI <i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Desimoni, Mario Jorge s/infr. art. 111, CC</i>	3925
Expte. SAPCyF n° 10.870/14 - 22/10/2014	3925
DCXXVII <i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos Chavez, Claudio Marcelo s/art. 111, CC.</i>	3927
Expte. SAPCyF n° 11.253/14 - 22/10/2014	3927
DCXXVIII <i>Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Torres, Brian Alexander s/infr. art. 96 - Lesiones en riña - C.P.</i>	3929
Expte. SAPCyF n° 11.039/14 - 22/10/2014	3929
DCXXIX <i>Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en recurso de inconstitucionalidad en autos Ortuondo, Antonio Ignacio s/infr. art. 149 bis, C.P.</i>	3930
Expte. SAPCyF n° 10.523/13 - 22/10/2014	3930
DCXXX <i>Incidente de apelación en autos Calos, Mariano s/art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3937
Expte. SAPCyF n° 10.787/14 - 22/10/2014	3937
DCXXXI <i>Aiello, Eugenio Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Aiello, Eugenio Eduardo s/art. 1472: 80 Ensuciar bienes de propiedad pública o privada - CC</i>	3943
Expte. SAPCyF n° 10.853/14 - 22/10/2014	3943

XVI

DCXXXII	<i>Recio Niel, Emilio s/infr: art. III, CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	3947
	Expte. SAPCyF n° 10.829/14 - 22/10/2014	3947
DCXXXIII	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara - Unidad Fiscal Sur s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de excepción en autos M.A.G. y otros s/art. 189 bis, párr. 2° - portación de arma de fuego de uso civil - C.P.</i>	3948
	Expte. SAPCyF n° 10.226/13 - 22/10/2014	3948
DCXXXIV	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en legajo de juicio en autos Aguero, Norma Beatriz s/infr: arts. 149 bis y 181, inc. 1°, C.P.</i>	3957
	Expte. SAPCyF n° 9947/13 - 22/10/2014	3957
DCXXXV	<i>Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de apelación en autos: Beraza, José María s/infr: art(s) 181, inc. 1°, C.P.</i>	3964
	Expte. SAPCyF n° 9380/12 - 22/10/2014	3964
DCXXXVI	<i>Público Tutelar - Asesoría General Tutelar de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en C.D. s/infr: art. 149 bis, C.P.</i>	3966
	Expte. SAPCyF n° 10.320/13 - 22/10/2014	3967
DCXXXVII	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bascope, Joao Rene s/infr: art. III, CC</i>	3971
	Expte. SAPCyF n° 11.054/14 - 22/10/2014	3971
DCXXXVIII	<i>Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de apelación en autos Merove, Mariela y otros s/infr: art. 181, inc. 1° (Despojo) - C.P. (p/L 2303)</i>	3972
	Expte. SAPCyF n° 10.704/14 - 22/10/2014	3972
DCXXXIX	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Di Filippo, Facundo Martín y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales</i>	4037
	Expte. SACAyT n° 8668/12 - 22/10/2014	4037
DCXL	<i>Bringa, Leonardo Misael Amaranto c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4039
	Expte. SACAyT n° 10.034/13 - 22/10/2014	4039

	XVII
DCXLI <i>Filgueira, Natacha Yasmin y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4041
Expte. SACAyT n° 9922/13 - 22/10/2014	4041
DCXLII <i>Aguirre, Juan Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Aguirre, Juan Alberto c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4058
Expte. SACAyT n° 10.050/13 - 22/10/2014.	4058
DCXLIII <i>Villalba, Miriam Elizabeth s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Villalba, Miriam Elizabeth c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4074
Expte. SACAyT n° 10.224/13 - 22/10/2014.	4074
DCXLIV <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Padilla Méndez, Marcelo Alejandro c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4078
Expte. SACAyT n° 10.530/13 - 22/10/2014.	4078
DCXLV <i>Altez, Oscar Javier s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Altez, Oscar Javier c/GCBA s/otros procesos incidentales</i>	4082
Expte. SACAyT n° 10.507/13 - 22/10/2014.	4082
DCXLVI <i>INGYTEC SRL s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA c/INGYTEC SRL s/ ej. fisc. - ing. brutos convenio multilateral.</i>	4090
Expte. SACAyT n° 10.217/13 - 22/10/2014.	4090
DCXLVII <i>Martínez, Agustín Alejandro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Martínez, Agustín Alejandro c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4095
Expte. SACAyT n° 10.093/13 - 22/10/2014.	4095
DCXLVIII <i>Maddaleni, Rita Marina Andrea s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Maddaleni, Rita Marina Andrea c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4110
Expte. SACAyT n° 10.029/13 - 22/10/2014.	4110
DCXLIX <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rodríguez, Lorena Silvana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i> .	4125
Expte. SACAyT n° 9758/13 - 22/10/2014	4125
DCL <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en C., J. J. c/GCBA y otros sobre amparo (art. 14, CCABA)</i>	4136
Expte. SACAyT n° 10.641/14 - 22/10/2014.	4136

XVIII

DCLI	<i>S.J.G. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4138
	Expte. SACAyT n° 10.745/14 - 22/10/2014.	4138
DCLII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Personal Card S.A. c/GCBA s/cobro de pesos</i>	4140
	Expte. SACAyT n° 9709/13 - 22/10/2014	4140
DCLIII	<i>GCBA c/Instituto Obra Médico Asistencial de Buenos Aires s/eje. fisc. otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4141
	Expte. SACAyT n° 10.163/13 - 22/10/2014.	4143
DCLIV	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Alcaraz, Yolanda Elizabeth c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4152
	Expte. SACAyT n° 9981/13 - 22/10/2014	4152
DCLV	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Medina, Gilda Concepción c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4164
	Expte. SACAyT n° 9977/13 - 22/10/2014	4164
DCLVI	<i>F. U., C. C. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en F. U., C. C. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4176
	Expte. SACAyT n° 10.190/13 - 23/10/2014.	4176
DCLVII	<i>Barrionuevo, Isabel y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4191
	Expte. SACAyT n° 10.235/13 - 23/10/2014.	4191
DCLVIII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Acuña, Olga c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA).</i>	4202
	Expte. SACAyT n° 9895/13 - 23/10/2014	4202
DCLIX	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Norte en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Legajo de juicio en autos: Vázquez, Claudia Elizabeth s/infr. art(s) 149 bis, amenazas - C.P. (p/L 2303)</i>	4207
	Expte. SAPCyF n° 9574/13 - 23/10/2014	4207
DCLX	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Salto, Cristian David s/infr. art. 149 bis, amenazas - C.P. (p/L 2303).</i>	4216
	Expte. SAPCyF n° 10.146/13 - 23/10/2014	4218

	XIX
DCLXI <i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Heredia, José Misael s/infr. art. 149 bis, C.P.</i>	4229
Expte. SAPCyF n° 10.214/13 - 23/10/2014	4229
DCLXII <i>Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Valenzuela, Luis Omar s/art. 189 bis, C.P.</i>	4239
Expte. SAPCyF n° 9681/13 - 23/10/2014	4239
DCLXIII <i>Vargas, Susana María y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4246
Expte. SACAyT n° 10.275/13 - 29/10/2014	4246
DCLXIV <i>Stagnaro, Andrea Hebe c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4264
Expte. SACAyT n° 10.228/13 - 29/10/2014	4264
DCLXV <i>Jiménez, Eva Shiva c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4306
Expte. SACAyT n° 10.874/14 - 29/10/2014	4306
DCLXVI <i>V., O. N. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4324
Expte. SACAyT n° 10.625/14 - 29/10/2014	4324
DCLXVII <i>Guerrero, María de los Ángeles s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Carrizo, María Elena c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4335
Expte. SACAyT n° 10.494/13 - 29/10/2014	4335
DCLXVIII <i>De Cruz, Federico Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido; y su acumulado expte. SACAyT n° 10.162: GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en De Cruz, Federico Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4337
Expte. SACAyT n° 10.462/13 - 29/10/2014	4337
DCLXIX <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en D., L. L. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4344
Expte. SACAyT n° 10.477/13 - 29/10/2014	4344
DCLXX <i>Fariña, Ernesto Gabriel y Fleitas, Alexander s/infr. art(s). 189 bis C.P. s/recurso de inconstitucionalidad concedido; y sus acumulados: expte. SAPCyF n° 10.223: Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Fariña, Ernesto Gabriel y Fleitas, Alexander s/infr. art. 189 bis, C.P.; y expte. SAPCyF n° 10.225: Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de incons-</i>	

XX

	<i>titucionalidad denegado en Fariña, Ernesto Gabriel y Fleitas, Alexander s/infr. art. 189 bis, C.P.</i>	4347
	Expte. SAPCyF n° 10.285/13 - 29/10/2014	4347
DCLXXI	<i>Gómez, Carlos Alberto c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4358
	Expte. SACAyT n° 10.305/13 - 29/10/2014.....	4358
DCLXXII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Metrored Telecomunicaciones c/GCBA s/impugnación actos administrativos.....</i>	4360
	Expte. SACAyT n° 9590/13 - 29/10/2014	4361
DCLXXIII	<i>Piñero, Alicia Nilda c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad</i>	4381
	Expte. SAO n° 9743/13 - 29/10/2014.....	4383
DCLXXIV	<i>Ministerio Público - Defensoría General de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Weber, Javier Claudio s/infr. art. 149 bis, C.P.....</i>	4402
	Expte. SAPCyF n° 10.221/13 - 29/10/2014	4402
DCLXXV	<i>Pallitto, Alejandro Víctor y otro s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en Ríos del Mónaco, María Teresa y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4404
	Expte. SAO n° 11.060/14 - 29/10/2014	4404
DCLXXVI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Telecom Argentina Stet France Telecom S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos; y su acumulado, expte. SACAyT n° 10.206: Telecom Argentina SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Telecom Argentina Stet France Telecom SA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos</i>	4405
	Expte. SACAyT n° 10.167/13 - 29/10/2014.....	4407
DCLXXVII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en García, María Ester y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4425
	Expte. SACAyT n° 10.158/13 - 3/11/2014	4425
DCLXXVIII	<i>Vázquez, Fabián Horacio s/art. 1472:III Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4436
	Expte. SAPCyF n° 10.922/14 - 3/11/2014	4436
DCLXXIX	<i>Incidente de apelación en autos Retamozo, David Ezequiel s/infr. art. 189 bis, tenencia de arma de fuego de uso civil - C.P. (p/ L 2303) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4439
	Expte. SAPCyF n° 10.188/13 - 3/11/2014	4439

DCLXXX	<i>Ministerio Público Fiscal - Fiscalía de Cámara de la Unidad Fiscal Sur s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Damaris Coronel, Elizabeth s/infr. art(s). 189 bis, Portación de arma de fuego de uso civil - C.P.</i>	4441
	Expte. SAPCyF n° 10.289/13 - 3/11/2014	4441
DCLXXXI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Pereira, Jorge José María c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4448
	Expte. SACAyT n° 11.042/14 - 3/11/2014	4448
DCLXXXII	<i>Rodríguez, Viviana Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4450
	Expte. SACAyT n° 10.849/14 - 3/11/2014	4450
DCLXXXIII	<i>Lemos Fonseca, Alba Nibia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4467
	Expte. SACAyT n° 10.176/12 - 3/11/2014	4467
DCLXXXIV	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Zacarías, Anahi Gabriela y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) ..</i>	4471
	Expte. SACAyT n° 10.156/13 - 3/11/2014	4471
DCLXXXV	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Blanco, Flavia Maricel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4485
	Expte. SACAyT n° 10.073/13 - 3/11/2014	4485
DCLXXXVI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Decastelli, Ana María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4497
	Expte. SACAyT n° 10.335/13 - 3/11/2014	4497
DCLXXXVII	<i>Paez, Oscar Cesar c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4501
	Expte. SACAyT n° 10.173/13 - 3/11/2014	4501
DCLXXXVIII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en García, Jorge Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4503
	Expte. SACAyT n° 10.200/13 - 3/11/2014	4503
DCLXXXIX	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Laino, Viviana Verónica c/GCBA s/otros procesos incidentales ..</i>	4509
	Expte. SACAyT n° 10.384/13 - 3/11/2014	4509
DCXC	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en C.E.A. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4511
	Expte. SACAyT n° 10.845/14 - 3/11/2014	4511

XXII

DCXCI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Montenegro, Irma Isabel c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales</i>	4514
	Expte. SACAyT nº 10.370/13 - 3/11/2014	4514
DCXCII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en P.M.C. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4519
	Expte. SACAyT nº 9948/13 - 3/11/2014	4519
DCXCIII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)</i> .	4523
	Expte. SACAyT nº 10.057/13 - 3/11/2014	4523
DCXCIV	<i>Fuentes, Elida Cristina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Fuentes, Elida Cristina c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4529
	Expte. SACAyT nº 9783/13 - 3/11/2014	4529
DCXCV	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Rojas, Lara Nancy Aurora c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4534
	Expte. SACAyT nº 10.107/13 - 3/11/2014	4534
DCXCVI	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Candapais, Osmar c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i> ..	4540
	Expte. SACAyT nº 10.001/13 - 3/11/2014	4540
DCXCVII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bodart, Alejandro c/GCBA s/otros procesos incidentales</i>	4544
	Expte. SACAyT nº 10.407/13 - 3/11/2014	4544
DCXCVIII	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en H., E. C. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4559
	Expte. SACAyT nº 9781/13 - 3/11/2014	4559
DCXCIX	<i>Juárez, María Asunción c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4568
	Expte. SACAyT nº 10.085/13 - 4/11/2014.....	4568
DCC	<i>Esquivel, Eva Demetria c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4585
	Expte. SACAyT nº 10.551/13 - 4/11/2014.....	4585
DCCI	<i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sur de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Romero, Cristian José María s/infr. art(s). 149 bis, amenazas - C.P. (p/L 2303)</i>	4603
	Expte. SAPCyF nº 10.423/13 - 4/11/2014	4605

	XXIII
DCCII <i>Ortega Rivera, Esteban c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4618
Expte. SACAyT n° 10.263/13 - 4/11/2014	4618
DCCIII <i>Gómez Castro, María Florencia c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4630
Expte. SACAyT n° 10.032/13 - 4/11/2014	4630
DCCIV <i>Szechenyi, Cecilia Clara c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4648
Expte. SACAyT n° 9880/13 - 4/11/2014	4648
DCCV <i>Cisnero, Julio Alberto c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en Cisnero, Julio Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4658
Expte. SACAyT n° 10.850/14 - 4/11/2014	4658
DCCVI <i>Andriani, Carmen s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en Acuña, José Francisco s/infr. arts. 183 y 149 bis, C.P.</i>	4675
Expte. SAO n° 11.319/14 - 4/11/2014	4675
DCCVII <i>Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en Incidente de apelación en autos Pari Laime, Luis Eraldo s/infr. arts. 83 y 74, CC ...</i>	4678
Expte. SAO n° 11.502/14 - 4/11/2014	4678
DCCVIII <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Menu SA c/GCBA s/Beneficio de litigar sin gastos</i>	4679
Expte. SACAyT n° 10.588/14 - 4/11/2014	4679
DCCIX <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Acosta, Carlos Alem y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)</i>	4681
Expte. SACAyT n° 10.424/13 - 4/11/2014	4681
DCCX <i>Andriani, Carmen s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en Acuña, José Francisco s/infr. arts. 183 y 149 bis, C.P.</i>	4685
Expte. SAO n° 11.320/14 - 4/11/2014	4685
DCCXI <i>Flores Aguirre, Blanca Simona c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4688
Expte. SACAyT n° 10.169/13 - 4/11/2014	4688
DCCXII <i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en HB Füller SAIC c/GCBA s/impugnación actos administrativos ..</i>	4690
Expte. SACAyT n° 9281/12 - 4/11/2014	4695

XXIV

DCCXIII	<i>Binderman, Jaime Bernardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Binderman, Jaime Bernardo c/GCBA y otros s/impugnación actos administrativos</i>	4731
	Expte. SACAyT n° 11.102/14 - 4/11/2014	4731
DCCXIV	<i>GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)</i>	4733
	Expte. SACAyT n° 11.072/14 - 4/11/2014	4733
DCCXV	<i>Incidente de apelación en autos Peñaranda Durand Molina, Hiroyi s/infr. art. 149 bis, C.P. - inconstitucionalidad s/recurso de inconstitucionalidad concedido</i>	4735
	Expte. SAPCyF n° 10.056/13 - 4/11/2014	4735

ÍNDICE TEMÁTICO

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Agencia gubernamental de control, 4381
Dirección General de la Administración, 4381
Jerarquía de las leyes, 4381
Norma general, 4381
Unidad administrativa de control de faltas, 4381

AMPARO

Adultos mayores, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4648
Alojamiento, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Bienes del Estado, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Deberes y facultades del juez, 4337
Derecho a la vivienda digna, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Derechos económicos, sociales y culturales, 4264; 4306; 4324; 4467
Deserción del recurso, 3915
División de poderes, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Emergencia habitacional, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Estado nacional, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Exceso de jurisdicción, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Excusación, 4264; 4306; 4467; 4658
Falta de memorial, 3915

Fundamentación por remisión a precedente, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648; 4658
Grupo familiar, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Incidente de nulidad, 3915
Legitimación procesal, 4658
Limitación de recursos económicos, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Memorial, 3915
Ministerio Público, 4658
Niños, niñas y adolescentes, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Normas operativas, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Obligaciones concurrentes, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Obligaciones de medio, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
Personas con discapacidad, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4559; 4648
Personas en situación de calle, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4648
Plazos procesales, 3915
Poderes del Estado, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Políticas sociales, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
Principio de no regresividad, 4264; 4306; 4324; 4467

XXVI

- Prioridad en el acceso a las prestaciones, 3693; 3721; 3791; 3875; 4344; 4497; 4519; 4559; 4648
- Recursos, 4337; 4658
- Redargución de falsedad, 3915
- Reserva de la cuestión federal, 3567; 3576; 3593; 3630; 3847; 3878; 4039; 4136; 4138; 4358; 4501; 4688
- Situación de vulnerabilidad, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Subsidio estatal, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Subsidio habitacional, 3693; 3721; 3791; 3875; 4344; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Unidad de actuación, 4658
- MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**
- Elevación a juicio, 4216
- Investigación penal preparatoria, 4216
- Publicidad de los actos de gobierno, 4216
- Sistema acusatorio, 3957; 4216
- Violencia de género, 4216
- QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA**
- Archivo de las actuaciones, 4404
- Cédula de notificación, 3552
- Deberes del juez, 3552
- Falta de patrocinio letrado, 4675; 4685
- Garantías procesales, 3552
- Oficial notificador, 3552
- Plazos procesales, 3552
- Procedencia, 3552
- Rechazo, 4675
- Requisitos formales, 4675; 4685
- Tutela judicial efectiva, 3552
- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD**
- Acción pública, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3947
- Actividad de intermediación, 4405
- Actividad industrial, 4690
- Acuerdo de partes, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3947
- Admisibilidad del recurso, 4603
- Adultos mayores, 3693; 3721; 3865; 3875; 4191; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4648
- Agravio concreto, 3546; 4141
- Alícuota, 4405
- Alojamiento, 3693; 3721; 3875; 4202; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Antena de transmisión, 4360
- Arbitrariedad de sentencia, 3571; 3681; 3772; 3865; 4095; 4191; 4441; 4618
- Audiencia de debate, 4207
- Audiencia pública, 4544
- Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, 4141
- Autonomía provincial, 4141
- Base imponible, 4405
- Beneficio de litigar sin gastos, 3470
- Bienes del Estado, 3693; 3721; 3760; 3791; 3803; 3829; 3875; 3879; 3897; 4041; 4125; 4152; 4164; 4246; 4264; 4306; 4324; 4344; 4425; 4450; 4467; 4471; 4485; 4497; 4519; 4568; 4585; 4630; 4648
- Caducidad de instancia, 4679
- Cámara de Apelaciones, 4603
- Carácter restrictivo, 3530; 4436
- Carrera Municipal de Profesionales de la Salud, 3600
- Caso concreto, 4603
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4141
- Código de Tránsito y Transporte, 3652; 3937
- Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires, 3530; 4436
- Competencia, 4141
- Competencia provincial, 4690
- Cómputo del plazo, 4441
- Concurso de cargos, 3600
- Conducir en estado de ebriedad, 3530; 3652; 3937; 4436
- Conflicto de competencia, 4141
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4690
- Constitución Nacional, 4690
- Convenios interjurisdiccionales, 4690
- Copias, 4448; 4509
- Cuestión abstracta, 3469; 4402

- Cuestión constitucional, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3530; 3639; 3652; 3937; 3947; 4207; 4436; 4441
- Cuestión de derecho común, 3600
- Cuestiones de hecho y prueba, 3556
- Cuestiones procesales, 3502
- Cuestión no constitucional, 3556; 3600; 3667; 4347
- Cuestión política, 3600
- Deber de imparcialidad, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3639; 3947
- Deberes del juez, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3639; 3947; 4141; 4207
- Deberes y facultades del juez, 3681; 3772; 3865; 4191; 4337; 4603; 4618
- Debido proceso, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3947; 4207
- Declaración de inconstitucionalidad, 3530; 3652; 3937; 3972; 4436
- Defensa en juicio, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3578; 3616; 3815; 3947; 4058; 4095; 4110; 4176
- Defensor oficial, 3966
- Depósito previo, 3470; 3513; 3930; 3943; 3964
- Derecho a la privacidad, 3478
- Derecho a la vivienda digna, 3578; 3595; 3616; 3660; 3667; 3681; 3693; 3721; 3760; 3772; 3784; 3791; 3803; 3815; 3829; 3849; 3853; 3865; 3875; 3879; 3897; 4041; 4058; 4095; 4110; 4125; 4152; 4164; 4176; 4191; 4202; 4246; 4306; 4324; 4344; 4425; 4450; 4467; 4471; 4485; 4497; 4503; 4511; 4519; 4523; 4529; 4534; 4540; 4559; 4568; 4585; 4618; 4630; 4648
- Derecho intrafederal, 4690
- Derecho penal, 3487; 3948
- Derecho público local, 4690
- Derechos económicos, sociales y culturales, 4264; 4306; 4324; 4467
- Derechos sociales, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Derechos y garantías constitucionales, 3478; 4207
- Descuento de puntos, 3504; 3530; 3652; 3937; 4436
- Deserción del recurso, 4229
- Desistimiento del recurso, 3929; 3971; 4678
- Detención en flagrancia, 3571
- Devolución del expediente, 3681; 3772; 3865; 4191
- Diligenciamiento de oficio, 4733
- División de poderes, 3693; 3721; 3760; 3791; 3803; 3829; 3875; 3879; 3897; 4041; 4125; 4152; 4164; 4202; 4246; 4264; 4306; 4324; 4344; 4425; 4450; 4467; 4471; 4485; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4568; 4585; 4630; 4648
- Economía procesal, 3504
- Efecto suspensivo, 3483; 3484; 3650; 3922; 3924; 3925; 3927; 4731
- Emergencia habitacional, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Empleo público, 3600
- Error de derecho, 4405
- Error excusable, 4405
- Estado nacional, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Exceso de jurisdicción, 3504; 3693; 3721; 3791; 3875; 4202; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Excusación, 3526; 3632; 3772; 3829; 3865; 3879; 3897; 4041; 4090; 4191; 4246; 4306; 4467; 4568; 4585; 4630; 4658
- Exención del depósito, 3470
- Exenciones tributarias, 4690
- Existencia del agravio, 3595; 3632; 3853
- Extinción de la acción contravencional, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3530; 3652; 3937; 3947; 4436
- Extinción de la acción penal, 4402
- Facultades de la administración, 3600
- Facultades de las Cámaras de Apelaciones, 4603
- Facultades del juez, 3471; 3486; 3487; 3498; 3501; 3511; 3530; 3635; 3652; 3937; 3947; 4436
- Facultades del Ministerio Público Fiscal, 3471; 3486; 3487; 3498; 3501; 3511; 3635; 3947
- Facultades jurisdiccionales, 4603
- Facultades tributarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4360; 4690
- Fallecimiento, 4402
- Falta de fundamentación, 3513; 3518; 3526; 3549; 3556; 3595; 3650; 3660;

XXVIII

- 3667; 3784; 3849; 3853; 3930; 3943;
4074; 4078; 4082; 4090; 4229; 4239;
4347; 4503; 4511; 4514; 4529; 4540;
4681
- Federalismo, 4690
- Federalismo de concertación, 4690
- Flagrancia, 3571
- Función de conducción, 3600
- Función jurisdiccional, 3578; 3616; 3815;
4058; 4095; 4110; 4176
- Fundamentación del recurso, 3513; 3518;
3526; 3549; 3556; 3595; 3660; 3667;
3784; 3849; 3853; 3930; 3943; 4074;
4078; 4082; 4090; 4239; 4347; 4503;
4511; 4514; 4529; 4540; 4681
- Fundamentación de sentencias, 3681;
3772; 3865; 4191; 4618
- Fundamentación por remisión a preceden-
te, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3693;
3721; 3875; 3947; 3972; 4264; 4306;
4324; 4344; 4436; 4467; 4497; 4519;
4648; 4658
- Garantías procesales, 3578; 3616; 3815;
4058; 4095; 4110; 4141; 4176
- Gestor judicial, 4335
- Gravamen actual, 3595; 3632; 3853
- Grupo familiar, 3693; 3721; 3875; 4264;
4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519;
4648
- Homologación del acuerdo, 3471; 3486;
3498; 3501; 3511; 3947
- Homologación judicial, 3530; 4436
- Igualdad ante la ley, 4690
- Ilícitos tributarios, 4405; 4690
- Improcedencia, 3546; 3966
- Impuesto sobre los ingresos brutos, 4405;
4690
- Inexistencia de deuda impositiva, 4690
- Integración del depósito, 3513; 3930; 3964
- Intermediario, 4405
- Internet, 3478
- Interpretación de la ley, 3471; 3486; 3498;
3501; 3511; 3947
- Intimación del hecho, 3948; 4441
- Investigación penal preparatoria, 4441
- IOMA, 4141
- Jerarquía normativa, 4690
- Juez natural, 4141
- Juicio previo, 3530; 3652; 3937; 4436
- Jurisprudencia de la Corte Suprema, 3487
- Jurisprudencia del Tribunal Superior, 3504
- Legitimación del Ministerio Público Tute-
lar de la Ciudad de Buenos Aires, 3966
- Legitimación procesal, 4658
- Leyes, 4690
- Ley local, 4690
- Ley provincial, 4690
- Licencia de conducir, 3504
- Limitación de recursos económicos, 3693;
3721; 3760; 3791; 3803; 3829; 3875;
3879; 3897; 4041; 4125; 4152; 4164;
4246; 4264; 4306; 4324; 4344; 4425;
4450; 4467; 4471; 4485; 4497; 4519;
4568; 4585; 4630; 4648
- Mandato, 4405
- Medidas cautelares, 3660; 3784
- Ministerio Público, 4658
- Ministerio Público de la Defensa, 3966
- Ministerio Público Tutelar, 3966
- Niños, niñas y adolescentes, 3693; 3721;
3865; 3875; 4191; 4264; 4306; 4324;
4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Normas operativas, 3693; 3721; 3875;
4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497;
4519; 4648; 4690
- Normas programáticas, 4690
- Notificación al Poder Ejecutivo, 3504
- Nulidad de oficio, 4603
- Obligaciones concurrentes, 3693; 3721;
3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467;
4497; 4519; 4648
- Obligaciones de medio, 3693; 3721; 3875;
4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497;
4519; 4648
- Omisión de impuestos, 4405; 4690
- Oportunidad procesal, 4509
- Oposición del fiscal, 3471; 3486; 3487;
3498; 3501; 3511; 3635; 3947; 4207
- Pacto Federal para el Empleo, la Produc-
ción y el Crecimiento, 4690
- Pérdida del depósito, 3943
- Personas con discapacidad, 3693; 3721;
3865; 3875; 4191; 4202; 4264; 4306;
4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4559;
4648
- Personas en situación de calle, 3693; 3721;
3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467;
4497; 4519; 4523; 4534; 4648

- Planteo extemporáneo, 4141
- Plazos procesales, 4335
- Poder de policía, 3530; 3652; 3937; 4360; 4436
- Poderes del Estado, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Políticas sociales, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Presunciones o indicios, 4405
- Principio de congruencia, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Principio de inmutabilidad, 4603
- Principio de inocencia, 3530; 3652; 3937; 4436
- Principio de no regresividad, 4264; 4306; 4324; 4467
- Prioridad en el acceso a las prestaciones, 3681; 3693; 3721; 3760; 3772; 3791; 3803; 3829; 3849; 3875; 3879; 3897; 4041; 4125; 4152; 4164; 4246; 4264; 4306; 4324; 4344; 4425; 4450; 4467; 4471; 4485; 4497; 4519; 4559; 4568; 4585; 4618; 4630; 4648
- Procedencia, 3772; 3865; 4191; 4207; 4441; 4618
- Procedencia parcial, 3760; 3803; 3829; 3879; 3897; 4041; 4125; 4152; 4164; 4202; 4246; 4425; 4450; 4471; 4485; 4568; 4585; 4630
- Proceso contravencional, 3530; 3652; 3937; 4436
- Proceso penal, 4207; 4603
- Profesionales de la salud, 3600
- Prórroga del plazo, 4448
- Provincias, 4690
- Prueba, 4405
- Razones de oportunidad, mérito o conveniencia, 3600
- Rechazo, 3502; 3513; 3518; 3526; 3549; 3556; 3571; 3578; 3595; 3616; 3632; 3660; 3667; 3784; 3815; 3849; 3853; 3930; 3943; 4058; 4074; 4078; 4082; 4090; 4095; 4110; 4176; 4239; 4335; 4503; 4509; 4511; 4514; 4529; 4540; 4681
- Recurso de reposición, 4603
- Recursos, 4337; 4658
- Recusación del juez, 4733
- Redes sociales, 3478
- Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, 4690
- Reglas de conducta, 3530; 3652; 3937; 4436
- Reglas para dictar sentencia, 3772; 3865; 4191; 4618
- Reglas para dictar sentencias, 3681
- Remisión del expediente, 4733
- Requisitos, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3556; 3571; 3595; 3600; 3632; 3639; 3660; 3667; 3784; 3853; 3930; 3943; 3947; 4239; 4514; 4679
- Requisitos formales, 4141; 4448; 4509
- Reserva de la cuestión federal, 3567; 3576; 3593; 3630; 3847; 3878; 4039; 4136; 4138; 4358; 4501; 4688
- Resoluciones equiparables a definitiva, 3530; 3639; 3652; 3937; 4436
- Restitución del inmueble, 3972
- Sanciones administrativas, 3530; 3652; 3937; 4436
- Scoring, 3504; 3530; 3652; 3937; 4436
- Sentencia, 3681; 3772; 3865; 4191; 4603; 4618
- Sentencia definitiva, 3471; 3486; 3498; 3501; 3511; 3571; 3660; 3784; 3930; 3943; 3947; 4141; 4239; 4514; 4679
- Servicios públicos, 4544
- Sistema acusatorio, 3471; 3486; 3487; 3498; 3501; 3511; 3635; 3639; 3947; 3948
- Sistema de evaluación permanente de conductores, 3504; 3530; 3652; 3937; 4436
- Situación de vulnerabilidad, 3578; 3616; 3681; 3693; 3721; 3772; 3815; 3865; 3875; 4191; 4202; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4618; 4648
- Subsidio estatal, 3595; 3681; 3693; 3721; 3760; 3772; 3791; 3803; 3829; 3849; 3853; 3865; 3875; 3879; 3897; 4125; 4152; 4164; 4191; 4202; 4246; 4264; 4306; 4324; 4344; 4425; 4450; 4467; 4471; 4485; 4497; 4503; 4511; 4519; 4523; 4534; 4559; 4568; 4585; 4618; 4648
- Subsidio habitacional, 3595; 3681; 3693; 3721; 3760; 3772; 3791; 3803; 3829; 3849; 3853; 3865; 3875; 3879; 3897; 4041; 4125; 4152; 4164; 4191; 4202; 4246; 4344; 4425; 4450; 4471; 4485; 4497; 4503; 4511; 4519; 4523; 4534; 4559; 4568; 4585; 4618; 4630; 4648

XXX

- Subterráneos de Buenos Aires, 4544
- Suspensión del juicio contravencional a prueba, 3471; 3486; 3498; 3501; 3504; 3511; 3530; 3652; 3922; 3924; 3925; 3927; 3937; 3947; 4436
- Suspensión del juicio penal a prueba, 3487; 3635; 3957
- Tarifas, 4544
- Terminación del proceso, 3469; 4402
- Trámite, 3469; 4402
- Tribunal colegiado, 4603
- Tributos, 4360; 4690
- Tutela judicial efectiva, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Unicidad del contribuyente, 4690
- Unidad de actuación, 4658
- Uso y ocupación de la superficie, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo, 4360
- Usurpación, 3972
- Voto de los jueces, 4603
- RECURSO DE QUEJA**
- Actividad de intermediación, 4405
- Actividad industrial, 4690
- Admisibilidad del recurso, 4603
- Adultos mayores, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4648
- Alícuota, 4405
- Alojamiento, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Antena de transmisión, 4360
- Arbitrariedad de sentencia, 4095
- Audiencia pública, 4544
- Base imponible, 4405
- Beneficio de litigar sin gastos, 3470
- Bienes del Estado, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Cámara de Apelaciones, 4603
- Caso concreto, 4603
- Competencia provincial, 4690
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4690
- Constitución Nacional, 4690
- Convenios interjurisdiccionales, 4690
- Copias, 4448; 4509
- Cuestión abstracta, 3469; 4402
- Cuestiones procesales, 3502
- Deberes y facultades del juez, 4337; 4603
- Declaración de inconstitucionalidad, 3972
- Defensa en juicio, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Defensor oficial, 3966
- Depósito previo, 3470; 3513; 3930; 3943; 3964
- Derecho a la privacidad, 3478
- Derecho a la vivienda digna, 3578; 3616; 3693; 3721; 3791; 3815; 3849; 3875; 4058; 4095; 4110; 4176; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4503; 4511; 4519; 4523; 4529; 4534; 4540; 4559; 4648
- Derecho intrafederal, 4690
- Derecho penal, 3487; 3948
- Derecho público local, 4690
- Derechos económicos, sociales y culturales, 4264; 4306; 4324; 4467
- Derechos sociales, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Derechos y garantías constitucionales, 3478
- Descuento de puntos, 3504
- Deserción del recurso, 4229
- Desistimiento del recurso, 3929; 3971; 4678
- Diligenciamiento de oficio, 4733
- División de poderes, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Economía procesal, 3504
- Efecto suspensivo, 3483; 3484; 3650; 3922; 3924; 3925; 3927; 4731
- Emergencia habitacional, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Error de derecho, 4405
- Error excusable, 4405
- Estado nacional, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Exceso de jurisdicción, 3504; 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648

- Excusación, 3526; 4090; 4264; 4306; 4467
- Exención del depósito, 3470
- Exenciones tributarias, 4690
- Extinción de la acción penal, 4402
- Facultades de las Cámaras de Apelaciones, 4603
- Facultades del juez, 3487; 3635
- Facultades del Ministerio Público Fiscal, 3487; 3635
- Facultades jurisdiccionales, 4603
- Facultades tributarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 4360; 4690
- Fallecimiento, 4402
- Falta de fundamentación, 3513; 3518; 3526; 3549; 3556; 3595; 3650; 3660; 3667; 3784; 3849; 3853; 3930; 3943; 4074; 4078; 4082; 4090; 4229; 4239; 4503; 4511; 4514; 4529; 4540; 4681
- Federalismo, 4690
- Federalismo de concertación, 4690
- Función jurisdiccional, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Fundamentación del recurso, 3513; 3518; 3526; 3549; 3556; 3595; 3660; 3667; 3784; 3849; 3853; 3930; 3943; 4074; 4078; 4082; 4090; 4239; 4503; 4511; 4514; 4529; 4540; 4681
- Fundamentación por remisión a precedente, 3693; 3721; 3875; 3972; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Garantías procesales, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176
- Gestor judicial, 4335
- Grupo familiar, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Igualdad ante la ley, 4690
- Ilícitos tributarios, 4405; 4690
- Improcedencia, 3966
- Impuesto sobre los ingresos brutos, 4405; 4690
- Inexistencia de deuda impositiva, 4690
- Integración del depósito, 3513; 3930; 3964
- Intermediario, 4405
- Internet, 3478
- Intimación del hecho, 3948
- Jerarquía normativa, 4690
- Jurisprudencia de la Corte Suprema, 3487
- Jurisprudencia del Tribunal Superior, 3504
- Legitimación del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, 3966
- Leyes, 4690
- Ley local, 4690
- Ley provincial, 4690
- Licencia de conducir, 3504
- Limitación de recursos económicos, 3693; 3721; 3791; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Mandato, 4405
- Ministerio Público de la Defensa, 3966
- Ministerio Público Tutelar, 3966
- Niños, niñas y adolescentes, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Normas operativas, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648; 4690
- Normas programáticas, 4690
- Notificación al Poder Ejecutivo, 3504
- Nulidad de oficio, 4603
- Obligaciones concurrentes, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Obligaciones de medio, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4648
- Omisión de impuestos, 4405; 4690
- Oportunidad procesal, 4509
- Oposición del fiscal, 3487; 3635
- Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, 4690
- Pérdida del depósito, 3943
- Personas con discapacidad, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4559; 4648
- Personas en situación de calle, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4648
- Plazos procesales, 4335
- Poder de policía, 4360
- Poderes del Estado, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Políticas sociales, 3693; 3721; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648
- Presunciones o indicios, 4405

XXXII

Principio de congruencia, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176

Principio de inmutabilidad, 4603

Principio de no regresividad, 4264; 4306; 4324; 4467

Prioridad en el acceso a las prestaciones, 3693; 3721; 3791; 3849; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4559; 4648

Proceso penal, 4603

Prórroga del plazo, 4448

Provincias, 4690

Prueba, 4405

Rechazo, 3502; 3513; 3518; 3526; 3549; 3556; 3571; 3578; 3595; 3616; 3632; 3660; 3667; 3784; 3815; 3849; 3853; 3930; 3943; 4058; 4074; 4078; 4082; 4090; 4095; 4110; 4176; 4239; 4335; 4503; 4509; 4511; 4514; 4529; 4540; 4681

Recurso de reposición, 4603

Recursos, 4337

Recusación del juez, 4733

Redes sociales, 3478

Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, 4690

Remisión del expediente, 4733

Requisitos formales, 4448; 4509

Reserva de la cuestión federal, 3567; 3576; 3593; 3630; 3847; 3878; 4039; 4136; 4138; 4358; 4501; 4688

Restitución del inmueble, 3972

Scoring, 3504

Sentencia, 4603

Servicios públicos, 4544

Sistema acusatorio, 3487; 3635; 3948

Sistema de evaluación permanente de conductores, 3504

Situación de vulnerabilidad, 3578; 3616; 3693; 3721; 3815; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648

Subsidio estatal, 3693; 3721; 3791; 3849; 3875; 4264; 4306; 4324; 4344; 4467; 4497; 4503; 4511; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648

Subsidio habitacional, 3693; 3721; 3791; 3849; 3875; 4344; 4497; 4503; 4511; 4519; 4523; 4534; 4559; 4648

Subterráneos de Buenos Aires, 4544

Suspensión del juicio contravencional a prueba, 3504; 3922; 3924; 3925; 3927

Suspensión del juicio penal a prueba, 3487; 3635

Tarifas, 4544

Terminación del proceso, 3469; 4402

Trámite, 3469; 4402

Tribunal colegiado, 4603

Tributos, 4360; 4690

Tutela judicial efectiva, 3578; 3616; 3815; 4058; 4095; 4110; 4176

Unicidad del contribuyente, 4690

Uso y ocupación de la superficie, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo, 4360

Usurpación, 3972

Voto de los jueces, 4603

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Acción declarativa de inconstitucionalidad, 3658

Admisibilidad parcial, 4735

Beneficio de litigar sin gastos, 3658

Cuestión no federal, 4037; 4140; 4439

Falta de fundamentación, 3524; 3568

Fundamentación del recurso, 3524; 3568

Inadmisibilidad del recurso, 3516; 3524; 3568; 4037; 4140; 4439

Libertad condicional, 4735

Non bis in idem, 4735

Principio de culpabilidad, 4735

Requisitos, 4439; 4735

Sentencia definitiva, 3516; 3568

DLXIV - BUSTILLO, JIMENA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BUSTILLO, JIMENA S/INFR. ART. 2.2.1, PERMISO Y PLANOS DE OBRA - L 451

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Trámite. Terminación del proceso. Cuestión abstracta.

Expte. SAPCyF n° 9930/13 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Sra. Jimena Bustillo dedujo queja (fs. 2/9) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 41/42) en cuanto declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto (fs. 33/40), a su turno, contra la decisión de esa Sala (fs. 30/32) que confirmó la decisión dictada por la jueza de primera instancia (fs. 23). Mediante esa resolución se rechazó el planteo de prescripción de la acción que había formulado la Sra. Bustillo en el proceso seguido en su contra por infracción al art. 2.2.1 (permiso y planos de obra) de la ley 451.

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Sala I, la presentante expresó que la interpretación del art. 16 de la ley 451 efectuada por los jueces para rechazar el planteo de prescripción era contraria al principio de legalidad. En ese sentido, sostuvo que bajo una hermenéutica *in malam partem* se había valorado como acto interruptivo la notificación judicial (27/8/2012) que prevé el art. 41 de la ley 1217 cuando la ley solo le otorga ese alcance a la citación efectuada por la autoridad administrativa (conf. art. 12 de dicha ley de procedimientos) y que se había realizado el 28/10/2010.

3. El Sr. Fiscal General, al tomar intervención (fs. 54/55), opinó que el Tribunal debía rechazar la queja porque no se había recurrido un auto equiparable, en sus efectos, a una sentencia definitiva.

4. Una vez que las actuaciones se encontraban en estado de ser resueltas se decidió certificar el estado del proceso ante las instancias de mérito (fs. 57).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

De conformidad con la certificación obrante a fs. 57 la juez interviniente dictó sentencia condenatoria el 22/8/2013 y ordenó la clausura del inmueble hasta tanto se acreditara haberse subsanado los motivos que justificaron la medida. Con posterioridad, el 13 de diciembre, y luego de haber levantado la medida por haber desaparecido el peligro para la seguridad del bien, dispuso el archivo del expediente, decisiones todas ellas que no fueron recurridas. En ese contexto, un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión planteada en el recurso de hecho resultaría inoficioso en la actualidad.

Corresponde, en consecuencia, dar por concluido el trámite de la queja agregada a fs. 2/9, por perdido el depósito de fs. 1 y ordenar su archivo.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo indica la señora jueza de trámite, doctora Inés M. Weinberg, la comunicación efectuada por la titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 3 permite tener por acreditado que con fecha 22/8/2013 se resolvió condenar a la señora Jimena Bustillo y que esa decisión ha pasado en autoridad de cosa juzgada (fs. 64/69).

En esas condiciones, las cuestiones planteadas en el recurso directo han devenido abstractas y corresponde, entonces, dar por concluido el trámite de la queja y ordenar su archivo.

2. En cuanto al depósito, entiendo que la obligación de integrarlo se devenga con la interposición de la queja y se restituye con su admisibilidad formal. Hago excepción de exigirlo con la interposición del recurso de hecho en las causas en las cuales se debate la procedencia de una sanción para no ocluir el acceso a este Estrado por razones de orden económico, lo que no obsta a reclamarlo con la sentencia en la cual se declara improcedente la queja, siguiendo el criterio adoptado por la Corte Suprema de la Nación (conf. mi voto en “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.). En los términos expuestos, en la medida en que las razones que obstan a esta altura al tratamiento de la queja no estaban perfeccionadas al momento de su interposición, estimo que no corresponde reintegrar el depósito.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del Dr. José O. Casás.

Por ello, habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar por concluido* el trámite de la queja interpuesta.

2°. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración está agregada a fs. 1.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para su archivo.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXV - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ALFARO QUISPE, JUAN CARLOS S/INFR. ART. 183, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Depósito previo. Exención del depósito. Beneficio de litigar sin gastos.

Expte. SAPCyF n° 10.108/13 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El día 11/6/2014 el Tribunal resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto y diferir la consideración del depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo

párrafo, ley 402) a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos, cuya iniciación la defensa había denunciado (fs. 67/70).

2. Una vez firme tal decisión, y con motivo de la solicitud efectuada por el Tribunal, el Sr. juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 10 informó que se había concedido en forma total el beneficio de litigar sin gastos respecto del Sr. Juan Carlos Alfaro Quispe y que la decisión se encontraba firme. Asimismo, acompañó copia certificada de la mencionada resolución (conf. fs. 77/79 y 82).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

La comunicación de fs. 82 y la copia certificada de fs. 77/78 permiten tener por acreditado que se ha concedido el beneficio de litigar sin gastos al Sr. Juan Carlos Alfaro Quispe y que esa decisión se encuentra firme.

En consecuencia, corresponde eximir al nombrado de la integración del depósito que reclama la queja vencida (conf. art. 34 de la ley 402).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Eximir* al Sr. Juan Carlos Alfaro Quispe de la integración del depósito que reclama la queja vencida (art. 34 de la ley 402).

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXVI - CHÁVEZ, RAÚL RUPERTO S/INFR. ART. 111, CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO¹

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestión constitucional. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Extinción de la acción contravencional. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Acuerdo de partes. Oposición del fiscal. Homologación del acuerdo. Interpretación de la ley. Facultades del juez: alcances. Debido proceso. Defensa en juicio. Sistema acusatorio. Acción pública. Deberes del juez. Deber de imparcialidad. Fundamentación por remisión a precedente.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.758/14 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

¹ *Nota del editor:* Se agrega la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad".

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Norte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 102/113) contra la resolución de la Sala II (fs. 60/74) que confirmó la de primera instancia (fs. 37/38) que —a su turno— había suspendido el proceso a prueba respecto de Raúl Ruperto Chavez, pese a la oposición del Ministerio Público Fiscal (fs. 31).

La Cámara declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad en atención a lo resuelto por el TSJ en la causa “Jiménez” (expediente n° 7238/10, resolución del 30/11/2010) y “a fin de evitar un inútil dispendio jurisdiccional” (fs. 124).

2. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General Adjunto solicitó que se declarase la nulidad de la decisión que emitiera la Sala II (fs. 131/134).

FUNDAMENTOS:

Las juezas ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

En consecuencia, remitimos, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresada en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jimenez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo votamos.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

En consecuencia me remito, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado (puntos 2 y 3 del dispositivo), del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

De esta manera, al margen de que en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad se omitió el tratamiento del agravio vinculado con la alegada nu-

lidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2013/D, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 2311.

lidad de la sentencia (fs. 124 y 104 vuelta/106), sin precisarse en su parte dispositiva que se lo admitía solo parcialmente, la forma en que resuelvo me releva de pronunciar-me sobre ese punto.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 102/113, *revocar* la resolución de Cámara del 5/9/2013 y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

“MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA DE CÁMARA ESTE DE LA CABA— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ‘INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS BLANCO VALLEJOS, VIDAL S/INFR. ART. 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES, CC’”

Expte. SAPCyF n° 9876/13 - 20/11/2013

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Sr. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1 dedujo esta queja (fs. 63/66) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (fs.

54/62) interpuesto, a su turno (fs. 39/42), contra la resolución de la Sala III (fs. 30/38) que revocó la decisión de primera instancia y concedió la suspensión del proceso a prueba a favor del Sr. Blanco Vallejos Vidal, a pesar de la oposición de la fiscalía.

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, los integrantes de la Sala III consideraron que la decisión que confirmó la suspensión del proceso a prueba no

revestía el carácter de sentencia definitiva o auto equiparable, ni planteaba un caso constitucional.

2. Al tomar intervención en autos, el señor Fiscal General Adjunto sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que se revocara la sentencia de la Cámara y se continuara con la tramitación de la causa (fs. 70/75).

FUNDAMENTOS:

Los jueces INÉS M. WEINBERG, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La queja planteada por el Sr. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones fue interpuesta en tiempo oportuno (art. 33, ley 402).

2. Dos fueron los reparos señalados por el voto de la mayoría de la Cámara para no conceder el recurso incoado por el Sr. Fiscal de Cámara: *a)* que la impugnación no se dirige contra una sentencia definitiva, y *b)* que no plantea una cuestión constitucional. Sin embargo, la parte recurrente logra, en su presentación, poner en crisis ambas argumentaciones.

En primer lugar, porque la decisión que suspendió el curso del proceso resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal, en tanto impide la continuación del trámite del expediente y, como principio, conduce a la extinción de la acción contravencional, con lo cual la pretensión sancionatoria del fiscal —rol esencial que le incumbe en el proceso— no podría ser ejercida. No existe, en consecuencia, otra oportunidad eficaz para que el recurrente haga valer sus razones constitucionales en torno a la invalidez de la suspensión del proceso a prueba decidida en el caso y pueda, de esta manera, llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno.

Además, el recurrente ha planteado un genuino caso constitucional, pues cuestiona de modo concreto y suficiente la interpretación que los jueces de la causa hicieron de la norma aplicada al caso (arts. 45, CC),

por considerar que tal hermenéutica lesiona las reglas constitucionales vinculadas al *sub examine* que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad (arts. 13.3, 124 y 125, CCABA).

Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de queja interpuesto.

3. En cuanto a las objeciones formuladas por el Sr. Defensor General (fs. 43/53) en torno a la legitimación procesal del recurrente y la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 53, ley 12 (ley 3382, *BOCABA* n° 3345 del 21/1/2010), en cuanto confiere al Ministerio Público Fiscal la potestad de interponer el recurso de inconstitucionalidad previsto por la ley 402, deben ser desestimadas.

Ello así, toda vez que las formulaciones genéricas efectuadas por la defensa no son suficientes para mostrar la relación que habría entre el derecho a un recurso amplio contra la condena, en el que apoya la reseñada tacha de inconstitucionalidad, y la admisión del recurso del Ministerio Público Fiscal contra la decisión que suspendió el proceso contravencional a prueba, que es lo único que está en juego.

4. La Sala III de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas revocó la sentencia de primera instancia y ordenó suspender el “proceso a prueba” (art. 45, CC) disponiendo que la señora jueza de grado “fije el plazo y las pautas de conducta adecuadas al caso” (foja 38 vuelta), pese a la inexistencia de acuerdo entre el representante del Ministerio Público Fiscal y el imputado.

5. El progreso de la pretensión esgrimida por la parte recurrente, según quedó dicho (conf. el punto 2 de este voto), exige determinar la correcta inteligencia atribuible a diversas reglas constitucionales (13.3, 106, 124 y 125 de la CCABA) a fin de establecer si la interpretación del art. 45 del CC, formulada por los jueces de mérito, las respeta.

De acuerdo a aquellas previsiones constitucionales rige en el ámbito local el sistema acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio y la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público dentro del Poder Judicial, cuya función es la de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la prestación del servicio de justicia y procurar, ante los tribunales, la satisfacción del interés social. En ese marco, el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública y el proceso queda diseñado, cumpliendo las exigencias constitucionales ya mencionadas, de forma tal que asegura una separación estricta entre las funciones de acusar y sentenciar, separación que además viene a resguardar la imparcialidad y la defensa en juicio (conf. art. 4º, CPP —en función del art. 6º, ley 12—, y, entre otros, arts. 17, 21, 24, 30, 42, 44, ley 12; ver también *mutatis mutandi* lo resuelto en *Fallos*, 327:5863).

El instituto regulado en el art. 45, CC debe ser interpretado y aplicado a la luz de los lineamientos referidos, y no de manera que lo ponga en pugna con los principios enunciados como rectores del sistema jurisdiccional local (arts. 13.3, 106, 124 y 125, CCABA).

En lo que aquí importa, el artículo establece que “(e)l imputado/a de una contravención que no registre condena Contravencional en los dos (2) años anteriores al hecho, puede acordar con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso a prueba sin que ello implique admitir su responsabilidad./ El Juez resuelve sobre el acuerdo, teniendo la facultad de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza (...)”.

Es en el contexto normativo al que nos hemos referido en este punto que el legislador local ha regulado la posibilidad de que el imputado, asistido por su defensor, y el representante del Ministerio Público

Fiscal acuerden suspender el proceso a través de un compromiso cuyo cumplimiento, en determinadas condiciones, lleva a la extinción de la acción nacida del hecho imputado.

6. Desde esa perspectiva, el modo en que ha quedado resuelta la cuestión por el *a quo* configura un manifiesto exceso jurisdiccional. Las atribuciones y el margen de control que los jueces se atribuyeron en relación con el instituto aplicado en el caso desborda el que marca la ley (conf. el art. 45, CC) y permite la CCABA. Los jueces de la causa han reemplazado con su actuación la que corresponde, según la específica regulación del instituto, al Ministerio Público Fiscal, haciendo suyo el ámbito de discreción que sin dudas ha sido atribuido al titular del ejercicio de la acción contravencional, tomando el lugar de una de las partes del proceso. El examen que deja librado al juez la norma citada está circunscripto a “...la facultad de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza...”. Bajo ningún concepto puede reemplazar la libre voluntad de las partes, cuya “igualdad de condiciones” le incumbe constatar, toda vez que lo convenido, en la medida en la cual la negociación permanezca dentro del marco legal específico, no es revisable, sustituible o modificable según el propio criterio del juez.

En suma, la consecuencia de ubicar al juez en el lugar del fiscal, realizando un “acuerdo” con el imputado resulta irrazonable y, por otra parte, el art. 45 del CC no deja margen para que el juez indague acerca de la mayor o menor consistencia de los motivos por los cuales el fiscal pretende ejercer la acción e impulsar la realización del juicio contravencional. En definitiva, la pretensión de determinar el contenido de los actos del representante del Ministerio Público Fiscal a través de un alegado control de legalidad como el descripto implica su reemplazo, provocando la alteración de roles

en los actores del proceso, en vulneración de las reglas constitucionales comprometidas.

La razón por la que el acuerdo de suspensión del proceso está sometido a resolución del juez finca en la necesidad de asegurar que un acuerdo que genera cargas para quien se encuentra sometido a proceso e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se den ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. Pero el acuerdo es entre las partes y el juez no puede sustituirlas ni sujetar su decisión de pactar a un control más extenso que el que marca la ley y permite la CCABA. La intervención del juez importa pronunciarse acerca de la legitimidad de los compromisos que pactan fiscal e imputado y que importan restricciones a la libertad del segundo. La emisión de esa resolución —de naturaleza judicial, y cuyo contenido es, por lo dicho, el de una homologación— constituye el modo en que las cargas y los derechos que de ella se proyectan tengan el alcance que la ley les otorga. La homologación convierte el compromiso asumido por el Ministerio Público Fiscal de no proseguir el proceso mientras este se encuentre suspendido, en un derecho del sujeto imputado, que, como tal, podrá ser invocado por él en el supuesto de que eso no ocurra. También hace nacer a favor del imputado el derecho a que se extinga la acción cuando se haya observado correctamente el cumplimiento de las “reglas de conducta” acordadas y no hubiera cometido alguna contravención (conf. lo dispuesto en el art. 45 del CC). A su vez, visto desde el ángulo del Ministerio Público Fiscal, dicho acto judicial le otorga la posibilidad de reclamar la reanudación del proceso si el compromiso no fuera cumplido en el tiempo y forma acordado.

Desde esa perspectiva, para el análisis que nos ocupa, la decisión del juez de reemplazar en el acuerdo al Ministerio Público Fiscal se convierte en un modo de enervar la acción contravencional, que el Fiscal pretende obviamente ejercer, sin causal alguna prevista en la ley a ese efecto. Dicho

en términos prácticos, a un conjetural pero previsible requerimiento de juicio, el juez contestaría que el “acuerdo” que él ha realizado y homologado veda momentáneamente acceder a la petición fiscal.

Por su parte, el contenido mismo de los compromisos que asumiría el procesado vendrían a quedar escogidos por el juez, lo cual supone tanto soslayar inadmisiblemente al fiscal como exceder no menos inadmisiblemente el rol de juez, pues no importaría pronunciamiento imparcial acerca del posible vicio de la voluntad de quien asume los compromisos, sino además acerca de la legitimidad y oportunidad de lo que ha aceptado también, obrando de hecho como parte.

7. La gravedad de la cuestión a la que se hace referencia en el punto que antecede cobra dimensión si se advierte que el resultado que arroja la tesis de la Cámara, por su contenido y alcance, solo podría derivar de una norma, lo que por lo dicho, no ocurre. El efecto no es el de una sentencia que resuelve un caso desacertadamente sino, en cambio, el de una que permitirá apartarse sistemáticamente de la ley y de la CCABA.

La indebida interferencia a la que se hace mención se produce, básicamente, a partir de la irrazonable interpretación de la norma en juego efectuada en el caso que ha llevado a los magistrados intervinientes a afirmar, en definitiva, que el fiscal no opuso ninguna razón legítima sobre la inconveniencia política criminal de suspender el procedimiento. En rigor, debido a su discrepancia con las valoraciones del fiscal en torno a las circunstancias del caso y a través de un alegado control de legalidad, los jueces han eludido pronunciarse sobre la pretensión del Ministerio Público Fiscal, sustituyendo la voluntad de este de ejercer la acción por la propia de no ejercerla.

Si bien en un sistema republicano los funcionarios están sujetos a mecanismos de control institucional relativos a cómo ejercen sus funciones, lo cierto es que ninguna norma vigente les ha reconocido a los jueces facultades para indagar acerca de la mayor o menor consistencia de las razones por las

que el representante del Ministerio Público Fiscal pretende ejercer la acción en el caso e impulsar la realización del juicio. La pretensión de determinar el contenido de los actos del representante del Ministerio Público Fiscal a través de un alegado control de legalidad como el descripto implica —se reitera— su reemplazo, provocando la alteración de roles en los actores del proceso, en vulneración de las reglas constitucionales comprometidas.

8. Lo hasta aquí afirmado, en torno a la imposibilidad de que los jueces acuerden con los imputados la suspensión del proceso a prueba, no permite descartar la existencia de controles internos del Ministerio Público Fiscal, ni ampara a los funcionarios públicos frente al eventual incumplimiento de sus deberes (conf., en lo pertinente, doctrina de *Fallos*, 327:5863, considerando 30° a 32° del voto de los doctores Highton de Nolasco y Petracchi, 43° y 44° del voto del doctor Fayt y 25° del voto del doctor Zaffaroni).

9. Por las razones expuestas, en atención a lo previsto en el art. 31 de la ley 402, corresponde: a) *hacer lugar* a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Ministerio Público Fiscal; b) *revocar* la sentencia recurrida, y c) *dejar sin efecto* la suspensión del proceso a prueba dispuesta en autos y ordenar que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable y lo indicado en las precedentes consideraciones.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La cuestión debatida en estas actuaciones es similar a la resuelta por el Tribunal en los autos “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010.

Las razones que expusiera en dicha causa son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de rechazar la queja en el presente caso.

2. Reproduzco, en lo que sigue, los argumentos de mi voto en el precedente indicado en el punto 1.

3. “Tal como sostuve en reiteradas ocasiones, la queja debe contener una crítica sólida y pormenorizada de los argumentos que dio la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (“Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865/01, resolución del 9/4/2001). En este sentido, advierto que las razones brindadas por la fiscalía no alcanzan a rebatir los argumentos expuestos por la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad.

La fiscalía indica que la suspensión a prueba de este proceso contravencional, centralmente, impide el cumplimiento de las funciones constitucionales del Ministerio Público y lesiona el sistema acusatorio. Además, señala que los jueces han desconocido precedentes del Tribunal —que el recurrente consideró aplicables al caso— sin siquiera mencionarlos. Sobre este punto, denuncia que ese desconocimiento produce una aplicación desigual de la ley.

Lo cierto es que la fiscalía debía explicar —y no lo hizo— en qué consistiría el daño que le provoca la supuesta violación de ciertas reglas constitucionales que, en tanto garantías del procedimiento contravencional, no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados. En otras palabras, el derecho de defensa en juicio, la garantía de debido proceso y el sistema acusatorio (...) no pueden ser invocados ante el Tribunal por un órgano del Estado para continuar con la acusación sino, en todo caso, podrían ser sostenidos por el imputado para resistir una condena o limitar su alcance.

A su vez la alegada previsibilidad de las decisiones judiciales, denominada “seguridad jurídica”, que menciona la fiscalía

en su queja, no suple la carencia señalada en el párrafo anterior, ni sostiene por sí misma el recurso intentado”.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja que interpusiera el Ministerio Público Fiscal (fs. 63/66).

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 63/66).

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 39/42, *revocar* la resolución de Cámara, del 22/2/2013, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la resolución indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXVII - RODRÍGUEZ, LIDIA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FERRUCCI, JOSÉ CAYETANO Y OTRA S/INFR. ART.(S). 153 BIS, C.P.

Derechos y garantías constitucionales. Derecho a la privacidad. Internet. Redes sociales.

SUMARIO:

1. La tutela de la “privacidad” de cada individuo es un ámbito de incuestionable protección por parte de nuestra Constitución Nacional, o de normas convencionales, como de hecho lo ha reconocido en múltiples pronunciamientos la CSJN. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

2. Por decisión voluntaria de los usuarios de las nuevas tecnologías de manipulación e intercambio de información, múltiples contenidos han perdido significativamente el carácter de reservados, confidenciales y exclusivos de sus titulares. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

Expte. SAPCyF n° 10.307/13 - 1º/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La letrada Lidia Rodríguez —en su carácter de parte querellante en autos— interpuso recurso de queja (fs. 55/62) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 35/39) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad deducido, a su turno (fs. 41/52), contra el pronunciamiento obrante a fs. 32/34. Mediante este último, la Sala II confirmó lo resuelto por el juez de primera instancia, en cuanto hizo lugar a la excepción de “manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad” (art. 195.c, CPPCABA) y sobreseyó a José Cayetano Ferrucci y a María Luján Ferrucci, en orden al delito previsto en el art. 153 bis, C.P.

2. En estas actuaciones, la querellante intentaba demostrar que su ex pareja, el Dr. Ferrucci, habría accedido ilegítimamente a la información de su “muro” en la cuenta

de la red social denominada “Facebook” —a través de la colaboración indispensable que le habría prestado su hermana, María Luján Ferrucci, que también fue querellada en autos— con el fin de ofrecer aquella información, como prueba, en el juicio de divorcio que la abogada Rodríguez promovió contra el abogado Ferrucci. A criterio de la querellante, la conducta enrostrada a los querellados configuraba el delito regulado en el art. 153 bis, C.P. (fs. 1/10 y 12/14).

En concreto, en su recurso de inconstitucionalidad, que fue denegado por el tribunal *a quo*, la Dra. Rodríguez denunció que la resolución en crisis desconoció su derecho a la privacidad, su derecho de acceso a la justicia, el debido proceso y la garantía de la defensa en juicio, toda vez que se le ha impedido “la prosecución del juicio para realizar pruebas específicas que [le] permitirán determinar la real forma de concurrencia de los hechos” (conf. fs. 43 vuelta). Asimismo, tildó de arbitrarias a las decisiones adoptadas por ambas instancias de mérito.

A su turno, la Sala II sostuvo que la recurrente no había planteado un caso constitucional, “pues el planteo se sustenta exclusivamente en la mera disidencia con la decisión adoptada (...) y en alusiones genéricas vinculadas a aspectos procesales, lo que dista de constituir el desarrollo serio y fundado que un recurso de esta naturaleza requiere” (conf. fs. 36 y vuelta, según el voto de los jueces Bosch y Sáez Capel; y —en sentido similar— el voto del juez Delgado, a fs. 39, *in fine*, y vuelta).

3. El Fiscal General Adjunto, al tomar la intervención requerida, opinó que este Tribunal tenía que hacer lugar al recurso de hecho, tratar el recurso de inconstitucionalidad denegado y declarar la nulidad de las resoluciones cuestionadas (fs. 74/76).

FUNDAMENTOS:

La Jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La presentación recursiva de la parte querellante fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402), pero no puede prosperar.

En el recurso de inconstitucionalidad denegado, la recurrente sostuvo que la resolución de la Sala II —en cuanto confirmó la decisión anterior que hizo a la excepción de “atipicidad” manifiesta— se fundamentó en “premisas no acreditadas fehacientemente” y en “probanzas imperfectas”, por lo cual, a través de su tacha de “arbitrariedad”, consideró que ella no superaba un test de razonabilidad porque se sustenta en la mera voluntad de los magistrados que, en su opinión, realizaron una valoración parcial de la escasa prueba del expediente.

Ahora bien, aunque la Dra. Rodríguez intentó dirigir sus críticas contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, las mismas resultan insuficientes y se muestran francamente débiles para rebatir los argumentos desarrollados por la Cámara (fs. 35/39). En este sentido, sus críticas en rigor no difieren de los planteos contenidos en el recurso de inconstitucionalidad y remiten al análisis de cuestiones que escapan a la incumbencia del Tribunal. En efecto, la lectura de ambas presentaciones recursivas pone en evidencia que la querellante se limitó a reproducir —e incluso a sintetizar— los motivos de impugnación que había propuesto fundamentalmente contra la sentencia de primera instancia y a enunciar su mera discrepancia con el abordaje que la Cámara le brindó a sus planteos, al momento de confirmar lo resuelto y al denegar esta vía extraordinaria. No obstante, lo relevante es que la queja en estudio no demuestra un evidente yerro en el auto denegatorio, ni cuestiona, con una base constitucional sólida, las razones que lo sustentaron.

Es un requisito mínimo para la admisión formal de una queja que ella contenga, básicamente, una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de incons-

titucionalidad; requisito que la queja interpuesta en el caso no reúne en lo absoluto. Este Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica sólida destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales el *a quo* denegó el recurso obsta a la procedencia de la queja, pues tal presentación resulta privada del fundamento tendiente a demostrar el desacierto en el que habría incurrido la Cámara para resolver como lo hizo (*in re* “Fantuzzi”, expte. n° 865, sentencia del 9/4/2001).

Lo expuesto alcanza desde una perspectiva estrictamente formal para rechazar el recurso de queja.

2. Ante las circunstancias reseñadas en el apartado que antecede, es menester precisar, que, como ya se ha afirmado en repetidas oportunidades, la discusión referida a cuestiones como las que la querellante intenta traer a estudio del Tribunal —referidas a la exégesis de la ley infraconstitucional y a la calificación legal que puede tener una determinada conducta—, por regla, exceden la competencia de excepción de esta instancia. Además, si bien es posible reconocer una excepción a dicha regla en aquellos casos en los que esa clase de cuestiones tienen una directa relación con la posible afectación de una garantía constitucional, lo cierto es que este extremo no concurre en la presente causa, en tanto la recurrente solo se ha limitado a enunciar una serie de principios y garantías constitucionales sin brindar ningún argumento atendible que permita sostener la posibilidad de que dichos principios hayan sido vulnerados.

En este sentido, se impone señalar una vez más que el Tribunal ya ha sostenido que la referencia ritual a derechos y principios constitucionales, si no se acredita fundamentalmente su cercenamiento, es en sí misma insuficiente para provocar esta intervención y para dar sustento a impugnaciones como las que aquí fueron articuladas. En otras palabras, la genérica invocación de los derechos constitucionales que aquí se afirman desconocidos no habilita la intervención de este Tribunal, porque si bastara con esa mera mención, la competencia de excepción asignada a este estrado se vería desnaturalizada al punto de que se vería convertido —de ordinario— en la instancia obligada de todos los pronunciamientos que dicta el Poder Judicial local.

Por el contrario, la competencia asignada al Tribunal ha sido prevista para aquellos supuestos en los que se haya controvertido la interpretación o la aplicación de normas contenidas en la C.N., o en la CCABA, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a esos ordenamientos, siempre que la decisión recurrida recaiga sobre estos temas. Ningún debate de esta naturaleza se observa en esta causa y la recurrente solo expresa su intención de que el Tribunal fuerce los límites de su intervención para revisar denuncias que ya han merecido una respuesta, razonada y coincidente, por parte de todos los magistrados de las instancias inferiores.

Algo similar cabe concluir con respecto a la invocación de la doctrina de la “arbitrariedad”, a la que acude para afirmar la procedencia de la queja, pues esa invocación en el caso tiene como único propósito que este Tribunal se adentre en el análisis de aspectos que exceden sobradamente el tipo de cuestiones que está llamado a conocer y resolver. Al respecto, corresponde recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados, o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir supuestos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar a la resolución de los jueces de la causa como la “sentencia fundada en ley” a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (*Fallos*, 323:2879; entre otros).

3. En concreto, una atenta lectura de la queja permite apreciar que los fundamentos que la parte querellante expone con el objeto de descalificar a los pronunciamientos adoptados en el caso no reúnen los recaudos mínimos aludidos en el apartado anterior. En efecto, las afirmaciones de la recurrente a partir de las cuales intenta ilustrar que en

autos se descartó la adecuación típica del comportamiento atribuido a los querellados “sin haberse acreditado mediante pruebas certeras cómo se llevó a cabo dicho ingreso” en la cuenta de “Facebook” de la denunciante o “sin haberse acreditado si a la fecha (...) [del hecho, la imputada Ferrucci,] figuraba en la lista de amigos de facebook” de la denunciante (fs. 60; ambas citas aparecen resaltadas con negrita, en el texto original), se muestran insuficientes a los fines de evidenciar el absurdo o irrazonabilidad de las conclusiones a las que arribaron ambas instancias de mérito.

Ello así, en tanto su planteo no tiene en cuenta, ni rebate, el hecho de que a criterio del juez de primera instancia el planteo de “excepción” que fue introducido por los querellados: *i*) no requería “prueba para acreditar alguna discrepancia”; *ii*) se trató de “una cuestión de puro derecho”; *iii*) que “fue la propia querella quien mencionó que fue el imputado [Ferrucci] quien (...), en la escribanía (...) ingresó a la cuenta de Facebook con la cooperación de [su hermana]” y/o que “al momento de ampliar la imputación [contra ella] fue aún más clar[a], (...) [porque] expresamente mencionó que María Luján Ferrucci figuraba como su amiga en Facebook y que a través de ella, José Cayetano Ferrucci pudo ingresar a su información”; *iv*) que no resulta válido que “la querella transform[e] (...) la imputación efectuada, ya que estaría señalando ahora que desconoce cómo fue la cooperación de María Luján”; y por fin *v*) “que la defensa [oficial de los querellados] está partiendo (...) para realizar el planteo de atipicidad de los hechos relatados por la querella en su acusación y la respectiva ampliación” (todas las citas obran a fs. 17).

Asimismo, aquel planteo tampoco se hace cargo, ni rebate de manera fundada, que para los integrantes de la Cámara: *i*) “no se ha comprobado *la intrusión a un sistema o dato informático de acceso restringido* por parte de los imputados”, en los términos del art. 153 bis del C.P.; *ii*) “la usuaria de una red social que voluntariamente compartió [su] información con determinadas personas o ‘grupos de amigos’ aceptó exponer [una] parte de su privacidad, desde el momento en que destinó ciertos datos personales ([como] fotos [y] comentarios) para su difusión a través de internet”, *iii*) “no se cumple con el requisito típico (...) de ‘acceso sin la debida autorización’ a la cuenta de la denunciante, (...) [porque] Rodríguez tenía entre sus contactos de facebook a su cuñada como ‘amiga’, es decir, había autorizado el ingreso a través de la cuenta de María Luján (...) [y, consecuentemente,] había consentido que se ingrese a esos datos a través de la cuenta de su cuñada”; y también *iv*) que ello era así “sin perjuicio del obrar desleal de quien contando con dicha autorización puso la información a la que allí se le permitía acceder en su calidad de ‘amiga’ en poder de quien no detentaba, para ese entonces, esa condición” (todas las citas obran a fs. 33/34; la cursiva corresponde al texto original).

La solución brindada en el caso, entonces, no puede ser descalificada como acto jurisdiccional válido por el Tribunal y aparece —suficientemente— fundada con argumentos razonables que bastan para sustentarla.

Como un *obiter dictum*, no se intenta aquí desconocer que la tutela de la “privacidad” de cada individuo es un ámbito de incuestionable protección por parte de nuestra C.N., o de normas convencionales, como de hecho lo ha reconocido en múltiples pronunciamientos la CSJN, sino de poner de resalto que, en las condiciones tenidas en cuenta en autos y por decisión voluntaria de los usuarios de las nuevas tecnologías de manipulación e intercambio de información, múltiples contenidos han perdido significativamente el carácter de reservados, confidenciales y exclusivos de sus titulares. En este sentido, cobra importancia recordar los términos de la “Política de uso de datos” de la red social “Facebook” —que por cierto fue aportada por la propia querellante a este expediente— en cuanto allí se establece: “Piense antes de hacer una publicación. Al igual que todo lo que pones en internet o envías por correo electrónico, *la informa-*

ción que compartes en Facebook, puede ser copiada o compartida por todos aquellos que la ven” (fs. 516 del principal; el cursiva fue añadida).

4. Por lo expuesto, corresponde *rechazar* el recurso de queja de fs. 55/62 y *dar por perdido* el depósito cuya constancia obran a fs. 54.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma pero deber ser rechazada, pues la recurrente no rebata los fundamentos expuestos en el auto denegatorio.

2. En efecto, los magistrados sostienen que “...no obstante detallar los antecedentes del caso y exponer sus agravios (...), la parte omitió indicar, concretamente, por qué motivo [lo decidido] resultaría contrario a los preceptos de índole constitucional someramente enunciados (...). Más allá del principio que se alega lesionado, no se ha demostrado que hubiera existido inobservancia de alguna normativa que afectara las reglas del debido proceso...”.

Agregan que “...la parte querellante cimienta sus embates sobre la base de cuestiones fácticas y probatorias, temáticas que (...) obstan *per se* a su tratamiento por parte del Máximo Tribunal local. Por lo demás, tampoco se han logrado demostrar los supuestos vicios o errores sustanciales del fallo que se pretende impugnar...” (fs. 36/vuelta).

Por su parte, la impugnante enuncia los principios que considera afectados en el caso: defensa en juicio, debido proceso legal (art. 18 de la C.N.), derecho a la privacidad (art. 19 de la C.N.) y acceso a la justicia (art. 12, inc. 6° de la Constitución local), y alega que la interpretación efectuada por los jueces intervinientes del art. 195 inc. c) del Código Procesal Penal resulta arbitraria.

3. La recurrente no logra controvertir lo sostenido por la Cámara en torno a que las razones alegadas no resultan aptas para habilitar esta instancia extraordinaria, sino que insiste en que sus argumentos constituyen un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

En su presentación directa, la querellante se limita a reeditar los planteos formulados al deducir recurso de inconstitucionalidad, que fueron analizados y desechados en la resolución de fs. 35/40.

Por todo ello se advierte que, lejos de presentar un caso constitucional, la quejosa únicamente expresa su desacuerdo genérico con el modo en que la Cámara resolvió la cuestión.

4. En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 55/62 y dar por perdido el depósito cuya constancia obra a fs. 54.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La presente queja, si bien fue interpuesta en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402), no puede prosperar.

Es un requisito mínimo para la admisión formal de una queja que ella contenga, básicamente, una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re*: “Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 60 y ss.; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Gón-

gora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005, y sus citas).

En este caso, tal como lo sostienen la señoras juezas, doctoras Ana María Conde —punto 1 de su voto— e Inés M. Weinberg, la recurrente no ha formulado una crítica concreta y suficiente que permita rebatir las razones expuestas en el auto denegatorio para dar cuenta de que sus motivos de agravio no conforman un caso de competencia de este Tribunal.

2. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja intentada y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a fs. 54.

Así lo voto.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que le compete al Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 55/62).

2°. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración está agregada a fs. 54.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXVIII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN CHOCOBAR, JORGE RAFAEL S/ART. 111, CC

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: procedencia.

.....

Expte. SAPCyF n° 11.086/14 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpuso recurso de queja (fs. 99/105) contra el pronunciamiento de la Sala I (fs. 93/95) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su vez, contra la decisión de esa misma Sala, que revocó la resolución de primera instancia, concedió la suspensión del proceso a prueba al Sr. Chocobar por el plazo de doce meses y dispuso que la jueza de grado fijara las pautas de conducta en los términos del art. 45, CC (fs. 73/76).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, los integrantes de la Sala interviniente consideraron que la sentencia atacada no constituía una sentencia definitiva ni equiparable y que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, sostuvo el recurso interpuesto y acompañó el pedido de efecto suspensivo (fs. 116/120).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, INÉS M. WEINBERG y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. La argumentación de la recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie*, la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCABA).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

2. Además, resulta necesario contar con los autos principales correspondientes a la queja interpuesta, los que deberán ser requeridos a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2º. *Requerir* a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas la remisión de todas las actuaciones relacionadas con la suspensión del proceso a prueba dispuesta en los autos principales correspondientes a esta queja.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 8, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXIX - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA OESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RAMIREZ VARGAS, CARLOS IGNACIO S/ART. 1472:111 CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: procedencia.

.....

Expte. SAPCyF n° 11.155/14 - 1º/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Oeste interpuso recurso de queja (fs. 60/67) contra el pronunciamiento de la Sala III (fs. 54/59) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que confirmó la resolución de primera instancia que había suspendido el proceso a prueba respecto de Carlos Ignacio Ramírez Vargas, a pesar de la oposición de la fiscalía.

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. En el recurso directo, el Sr. Fiscal ante la Cámara solicitó que se le diera efecto suspensivo a su queja (fs. 66 vuelta, punto IV). Asimismo, el Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, mantuvo el recurso interpuesto, acompañó el pedido de efecto suspensivo y consideró que correspondía que el Tribunal hiciera lugar a la queja y tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado por la Cámara y que, oportunamente, declarara la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 71/76).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie*, la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCABA).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

2. Además, resulta necesario contar con todas las actuaciones relacionadas con la suspensión del proceso a prueba dispuesta, las que deberán ser requeridas a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2°. *Requerir* a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas la remisión de todas las actuaciones relacionadas con la suspensión del proceso a prueba dispuesta en los autos principales correspondientes a esta queja.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 20, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXX - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ILLANES DORIA, GERÓNIMO S/ART. 111, CC²

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestión constitucional. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Extinción de la acción contravencional. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Acuerdo de partes. Oposición del fiscal. Homologación del acuerdo. Interpretación de la ley. Facultades del juez: alcances. Debido proceso. Defensa en juicio. Sistema acusatorio. Acción pública. Deberes del juez. Deber de imparcialidad. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SAPCyF n° 10.615/14 - 1º/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Como surge de la resolución anterior de este Tribunal (fs. 178/179), la titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpuso recurso de queja (fs. 142/147) contra el pronunciamiento de la Sala I (fs. 133/135) que declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que revocó la resolución de primera instancia, concedió la suspensión del proceso a prueba respecto del Sr. Illanes Doria por el término de nueve meses, a pesar de la oposición de la fiscalía, y dispuso que la jueza de grado fijara las pautas de conducta adecuadas para el caso (fs. 112/115).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que la decisión atacada no era equiparable a una sentencia definitiva y, asimismo, que la recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. Al tomar intervención, el Fiscal General Adjunto sostuvo el recurso interpuesto y acompañó el pedido de efecto suspensivo —que fue resuelto de modo favorable por este Tribunal el día 07/5/14— y consideró que correspondía revocar la decisión recurrida y continuar con la tramitación del caso (fs. 151/155).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, INÉS M. WEINBERG y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

En consecuencia remitimos, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

² *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13, en este tomo, p. 3473.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo votamos.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 142/147).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 121/125, *revocar* la resolución de Cámara, del 5/11/2013, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se devuelvan los autos principales y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXI - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA NORTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN SOSA, ARIEL ÁNGEL S/INFR. ART(S). 183 DAÑOS - C.P. (P/L 2303); 149 BIS, AMENAZAS - C.P. (P/L 2303)³

Derecho penal. Suspensión del juicio penal a prueba: régimen jurídico. Oposición del fiscal. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Sistema acusatorio. Facultades del juez: alcances. Jurisprudencia de la Corte Suprema.

Expte. SAPCyF n° 10.449/13 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

³ *Nota del editor*: Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 13/10/2010 en los “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Con-

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones Norte dedujo recurso de queja (fs. 46/52) contra el auto denegatorio (fs. 40/45) del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a su turno, contra la resolución dictada por la Sala III que confirmó la decisión de primera instancia en cuanto había concedido la suspensión del presente proceso a prueba respecto de Ariel Ángel Sosa (fs. 25/30), a pesar de la oposición de la fiscalía.

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que el recurrente no se encontraba legitimado para su interposición.

2. La fiscalía, en su recurso de inconstitucionalidad, afirmó que se encontraba legitimada para interponer el remedio procesal y expuso las razones por las que entendía que la decisión impugnada constituía un auto que por sus implicancias debía ser equiparado a una sentencia definitiva. Sostuvo que la imposición al Ministerio Público Fiscal de la suspensión del juicio a prueba en contra de su expresa voluntad de continuar ejerciendo la acción penal, en el caso, constituía una apropiación de la acción penal perteneciente al órgano que representa e importaba la vulneración de la autonomía funcional del MPF, del sistema acusatorio y de los principios de imparcialidad y legalidad.

Asimismo, señaló que el proceso cuya suspensión se dispuso tiene como objeto esclarecer hechos que habrían tenido lugar en un contexto de violencia contra la mujer y, por lo tanto, conforme a los lineamientos sentados en la “Convención de Belém do Pará” y lo resuelto por la CSJN en la causa “Góngora”, correspondía que el caso sea resuelto en juicio, tal como lo había manifestado el Fiscal de grado al sustentar su oposición a la suspensión del juicio a prueba concedida (fs. 46/52).

3. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General Adjunto sostuvo la queja interpuesta, solicitó “el efecto suspensivo” —que fue resuelto por mayoría de modo favorable por este Tribunal, el día 09/4/14— y consideró que correspondía que se declarara la nulidad de la resolución judicial cuestionada y se continuara con la tramitación del caso (fs. 56/66).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6821/09, resolución del 13/10/2010.

En consecuencia, me remito, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

Por ello, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos, revocar la resolución de Cámara y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba.

Así lo voto.

travencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/inf. art. 189 bis, C.P.’”, expediente n° 6821/09, como parte integrante del voto del juez José O. Casás, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2010/C, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 2103.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue presentada ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402) y por quien se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (ver, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del).

A su vez, la decisión recurrida resulta equiparable a una sentencia definitiva, toda vez que la suspensión del curso del proceso —pese a la oposición del acusador— contraría la continuación del trámite del expediente y conduce a la extinción de la acción penal, impidiendo al Ministerio Público Fiscal ejercer la pretensión sancionatoria. De este modo, no habrá otra oportunidad eficaz para que la recurrente haga valer sus razones constitucionales en torno a la invalidez de la suspensión del proceso a prueba decidida en el caso y pueda, de esta manera, llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno.

Por otra parte, la recurrente logra plantear un legítimo caso constitucional al cuestionar la interpretación realizada por los jueces de la causa respecto de la normativa aplicada al caso —arts. 76 bis del C.P. y 205 del CPPCABA—, al hallar lesionadas en el *sub examine* aquellas reglas constitucionales que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad (arts. 13.3 y 124 y 125, CCABA).

2. El progreso de la pretensión esgrimida por la recurrente exige determinar la correcta inteligencia atribuible a diversas reglas constitucionales (arts. 13.3, 106, 124 y 125, CCABA) a fin de establecer si la interpretación formulada por la Cámara de la legislación infraconstitucional cuestionada las respeta.

Conforme aquellas previsiones, rige en el ámbito local el sistema acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio (conf. art. 13.3, CCABA), como también la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público Fiscal dentro del Poder Judicial, cuya función consiste en promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velando por la prestación del servicio de justicia y debiendo procurar, ante los tribunales, la satisfacción del interés social (conf. arts. 124 y 125, CCABA).

En ese marco, el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública y el proceso penal está diseñado de forma tal que asegura una separación estricta entre las funciones de acusar y sentenciar, separación que además viene a resguardar la imparcialidad y la defensa en juicio (conf. art. 4º, CPPCABA).

La titularidad de la acción penal lleva implícita su discrecionalidad, toda vez que no podrá concebirse dicha potestad si el fiscal careciera de facultades para tomar decisiones sobre su ejercicio.

3. El instituto debatido en autos y reglamentado por el código procesal penal local debe ser interpretado y aplicado a la luz de los lineamientos enunciados como rectores del sistema jurisdiccional local (arts. 13.3, 106, 124 y 125, CCABA).

En lo que aquí importa, el art. 76 bis C.P., cuarto párrafo, establece que “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese *consentimiento del fiscal*, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio” (el destacado me pertenece).

Por su parte el art. 205 del CPPCABA complementa el artículo mencionado en lo relativo a la aplicación de la suspensión del proceso a prueba en el ámbito local, estableciendo que “la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones

de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal. Contra la decisión no habrá recurso alguno”.

A la luz de lo expuesto, si bien compete al juez la facultad para otorgar la suspensión del proceso a prueba, el juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de continuar o no con la persecución penal recae sobre el Ministerio Público Fiscal, representando su conformidad una condición necesaria para que pueda proceder dicho instituto.

En virtud de ello, el modo en que ha quedado resuelta la cuestión por la Cámara configura un manifiesto exceso jurisdiccional. En un proceso organizado bajo el esquema acusatorio —en el cual los fiscales tienen la potestad acusatoria y los jueces la función jurisdiccional—, la interpretación formulada por los magistrados no se acomoda a las previsiones constitucionales que deben regir la materia debatida en autos.

Las atribuciones arrogadas por los jueces de la causa en relación con el instituto aplicado, exceden aquellas que la ley procesal y la CCABA establecen. Los magistrados reemplazan con su actuación la que corresponde al Ministerio Público Fiscal, haciendo propio el ámbito de disponibilidad atribuido al titular del ejercicio de la acción penal, tomando el lugar de una de las partes del proceso.

La norma de fondo puntualmente exige el consentimiento expreso por parte del Ministerio Público Fiscal para otorgar la suspensión del juicio a prueba (conf. art. 76 bis del C.P.), sin que pueda suplir dicho requisito la falta de fundamentación de la oposición efectuada por el agente fiscal.

En definitiva, la pretensión de determinar el contenido de los actos del representante del Ministerio Público Fiscal a través de un alegado control de legalidad como el descrito, implica su reemplazo, provocando la alteración de roles de los actores del proceso y lesionando la estructura del sistema acusatorio local en vulneración de las reglas constitucionales comprometidas.

4. Por último corresponde hacer notar que la sentencia de la Sala III desconoce abiertamente la jurisprudencia de este Tribunal en “Incidente de apelación en autos Meta, José s/infr. ley 13.944 (incumplimiento a los deberes de asistencia familiar) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9429/12, resolución del 20/11/2013; “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454/09, resolución del 8/9/2010, entre muchas otras sentencias. El principio de economía procesal debe guiar la actuación de los tribunales y, tal como es doctrina de nuestra Corte, los tribunales inferiores tienen el deber moral de seguir los lineamientos fijados por los tribunales máximos, con excepción del supuesto en que los primeros aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por estos últimos (“Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307: 1094, sentencia del 4/7/1985), lo que no ocurrió en el *sub judice*. En efecto, los fundamentos aportados por la Sala III no son adecuados ni suficientes para apartarse de la doctrina del TSJ.

5. Por lo dicho, corresponde: a) hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Ministerio Público Fiscal; b) revocar la resolución recurrida, y c) dejar sin efecto la suspensión del proceso a prueba dispuesta en autos y ordenar que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable y lo indicado en las precedentes consideraciones.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal es procedente, porque reúne los requisitos formales exigibles (art. 33, ley 402), se dirige, como luego se verá,

contra una decisión que resulta equiparable a definitiva y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio resuelto por la Cámara.

Al respecto, la Fiscalía controvirtió con éxito el único fundamento que esgrimió el tribunal *a quo* para denegar el recurso de inconstitucionalidad —referido a la falta de legitimación del Ministerio Público Fiscal para solicitar la intervención de este Tribunal— porque, a pesar de la peculiar perseverancia de los jueces Delgado y Manes en sostener que la Fiscalía no se encontraba legitimada, ha puesto de manifiesto una vez más la falta de correspondencia entre esa postura restrictiva y aquella otra que ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos por este Tribunal; pronunciamientos que ni siquiera fueron considerados por la Cámara de manera tal que se justifique revisar el criterio que mantiene el Tribunal y la CSJN sobre el punto. Por ende, desprovista de apoyatura en nuevos fundamentos que pretendan sustentar este deliberado apartamiento de la constante jurisprudencia del Tribunal, el auto denegatorio resulta infundado (*Fallos*, 307:1094) y no se sostiene como acto jurisdiccional válido.

2. Ahora bien, también procede el recurso de inconstitucionalidad con respecto al fondo de la cuestión, pues las mismas razones que desarrollé en el precedente “Benaidez” (expte. n° 6454/09, sentencia del 8/9/2010) —y/o en las numerosas decisiones que en sentido concordante le sucedieron—, me conducen a equiparar a definitiva la resolución objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad denegado por el *a quo*. Ello así, porque advierto que la Fiscalía ha demostrado que tiene un “razonable interés” en que el proceso continúe y se sustancie el juicio.

En el caso, el fiscal de primera instancia que intervino en la audiencia se opuso a la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Para fundar su oposición recordó “que en esta causa, y conforme el requerimiento de juicio formulado (...), se le imputan (...) [al involucrado *varios hechos*, que] deben ser calificados como amenazas agravadas por el uso de armas, en concurso real con amenazas simples (tres hechos (...)) [que a su vez concurren] entre sí); en concurso real con daño (dos hechos (...)) [que concurren] entre sí). En cuanto a la petición de la suspensión del proceso a prueba (...) señaló que, a partir del análisis de los elementos probatorios colectados en la causa y de *las características particulares y [la] gravedad de los sucesos* ilícitos que son objeto de este proceso, *como así también de su reiteración*, he de oponerme a la aplicación del instituto (...), pues (...) los instrumentos internacionales a los que haré luego referencia obligan a dilucidar la responsabilidad (...) en el correspondiente juicio” (fs. 189/190 de los autos principales; el subrayado es propio). A su turno, el fiscal continuó esta exposición reforzando su hipótesis de que en este caso “no estamos en presencia de hechos aislados, sino que se trata de un contexto de violencia intrafamiliar, y de la cual (...) [la principal denunciante], como mujer, era directa destinataria” y recordó extensamente precedentes jurisprudenciales (entre ellos “Góngora” de la CSJN), “el criterio delimitado en la resol. FG 16/10”, “la Convención de Belem do Pará”, “la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” y leyes nacionales dictadas sobre la materia (fs. 190 vuelta y ss. de los autos principales).

Posteriormente, al fundar su recurso de inconstitucionalidad y a modo de respuesta a ciertas afirmaciones que se efectuaron en la resolución de la Sala III —confirmatoria de la decisión de primera instancia que concedió ese beneficio—, el Fiscal de Cámara volvió nuevamente sobre la idea de que, en el caso, “se le ha reprochado al imputado una conducta basada en el género de la víctima” (fs. 36) porque de “las constancias del caso (...) se desprende, sin duda alguna, que nos encontramos frente a hechos de violencia contra la mujer alcanzados por la Convención de Belem do Pará de conformidad a la definición que aporta el mencionado instrumento” (fs. 36 vuelta). Al respecto,

continuó argumentando que “nos encontramos frente a una serie de hechos llevados a cabo (...) contra su pareja (...) y que en concreto se originaron en los celos manifestados por el imputado en razón de la supuesta infidelidad de su mujer (...); y aunque] habría otras víctimas (...) [estas] no serían más que víctimas instrumentales de la violencia ejercida contra su pareja. En ese sentido, [*prima facie*] estos hechos son actos de violencia contra la mujer ya que se encuentran dirigidos a victimizar a su pareja a través de terceros, con el fin de causarle temor y desalentarla en su búsqueda de ayuda (...) [pues aquellas otras personas] resultaron damnificad[a]s (...) por haberle brindado alojamiento a la [víctima] (...) y ocultarla del imputado cuando este se acercó a su domicilio con el fin de buscarla” (ibídem).

Ahora bien, cualquiera que sea el acierto o desacierto de la hipótesis de investigación seguida por el Ministerio Público Fiscal o de las estrategias probatorias que no pudo desplegar, como consecuencia de esta suspensión del juicio a prueba resuelta contra su expresa voluntad, lo cierto es que esos fundamentos pueden ser calificados como “opinables” (*in re*, “Benítez”), pero bajo ningún concepto pueden ser reputados de insuficientes o desvinculados con este caso. Dicho de otra forma, la falta de fundamentación o motivación que los integrantes del tribunal *a quo* le atribuyeron a la negativa del órgano acusador, en autos, no pasa de ser una particular forma de subrogarlo en su función, constituyendo aquella subrogación un desconocimiento del sistema acusatorio, del principio de imparcialidad y del debido proceso, que también lo ampara a aquel en el cumplimiento de las misiones que la ley y la CCABA le acuerdan. Las facultades que la Cámara niega a la Fiscalía para oponerse a ese beneficio, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, han sido lisa y llanamente reivindicadas como propias por parte de sus integrantes sin dar una explicación válida para ello y, en definitiva, han soslayado la función del titular de la acción priorizando la postura personal o estandarizada que la alzada sostiene sobre la viabilidad de ese beneficio a pesar de no contar con la conformidad de la Fiscalía.

Los fundamentos desarrollados por Fiscales intervinientes, por tanto, “sin más aditamentos, constituyen ‘un obstáculo serio, razonado y suficiente’ como para no otorgar el beneficio que se solicita, toda vez que importan una valoración procesal (...) de las características del delito (concreto) que aquí se le atribuye, valoración surgida a partir de un minucioso estudio del caso por parte del representante del Ministerio Público Fiscal” (“Toledo”, expte. n° 6534/09, sentencia del 28/10/2009); minucioso estudio que, aun en el supuesto de que finalmente resulte exagerado, encuentra justificación en razones de oportunidad o conveniencia político-criminal que le concierne a la acusación evaluar y que —a esta altura— tendrá que ser validado (o no) por los jueces de la causa, al momento de dictar la decisión que se expida sobre su mérito.

A mayor abundamiento, refuerza aún más mi convicción para resolver la cuestión de la manera propuesta lo resuelto por la CSJN, *in re*, “Góngora”. En efecto, en tal precedente el alto Tribunal se ha pronunciado en un sentido compatible con el propuesto. Las características de los hechos que se busca dilucidar en un debate oral ponen al descubierto que el conflicto ventilado en principio podría estar abarcado en la problemática de la violencia de género, doméstica o familiar; o, por lo menos, que ésa es la hipótesis que ha guiado la actuación de la Fiscalía. La caracterización del hecho bajo esa modalidad, *a priori*, exige que, con respecto a hechos de tal naturaleza, se agoten todas las medidas tendientes a lograr su esclarecimiento y eventual represión, en virtud de que se trata de conductas que comprometen la efectiva vigencia de los derechos humanos reconocidos especialmente a las mujeres a través de los compromisos asumidos por la República Argentina, cuya inobservancia podría generar responsabilidad in-

ternacional al Estado nacional. En suma, resulta evidente —frente a la inexistencia de una explicación o justificación consistente y/o excepcional, sobre el motivo por el cual, en el caso concreto, resultaba más apropiado eludir la sustanciación del juicio— que la *probation* concedida, era manifiestamente inviable y así debió haber sido resuelto, en la medida en la cual el entramado contexto fáctico que debe ser esclarecido torna materialmente imposible —o por lo menos desaconsejable— cualquier vía alternativa de resolución del conflicto.

3. Por lo expuesto, voto por *hacer lugar* a los recursos deducidos por el titular de la acción —que, en este caso, ha demostrado tener un razonable interés en que el proceso no sea suspendido—, *revocar* la decisión en crisis en cuanto fue materia de agravio y *ordenar* la continuación del trámite.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a los recursos de queja (fs. 46/52) y de inconstitucionalidad (fs. 31/39), *revocar* la resolución de Cámara del 4/9/2013 y devolver las actuaciones a fin de continuar el trámite según el impulso que recibieren.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 13/10/2010 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6821/09, como parte integrante del voto del Dr. Casás.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

“MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 2— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ‘INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS ESTIGARRIBIA, FEDERICO MILCÍADES Y OTRO S/INFR. ART. 189 BIS C.P., PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL —APELACIÓN—”

Expte. SAPCyF n° 6821/09 - 13/10/2010

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala II confirmó la decisión de primera instancia que, pese a la oposición de la Fiscalía, dispuso suspender del proceso a prueba a favor del Sr. Federico Milcíades Estigarribia.

2. La titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 2, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la resolución reseñada en el punto anterior. En su recurso sostuvo, resumidamente, que la decisión de la Cámara le generaba un gravamen irreparable porque “transcurrido el plazo de prueba, realizadas las reglas de conducta y cumplidas las demás

pautas legales, se declararía extinguida la acción, vedándose definitivamente el ejercicio de las pretensiones de esta parte” (fs. 152). Además señaló, como motivos de agravio, que los jueces de Cámara —mediante la resolución cuestionada— lesionaron el principio de legalidad al apartarse del texto de la ley aplicable (arts. 76 bis, C.P. y 205, CPP CABA), se arrogaron facultades propias del Ministerio Público Fiscal, vulneraron el debido proceso, el sistema acusatorio, el principio de imparcialidad y la división de poderes. Agregó que la “construcción de una nueva norma de derecho —no positivo— decide definitivamente sobre el derecho del titular de la acción pública, impidiendo su ejercicio futuro, con lo cual, en definitiva, se violan los derechos constitucionales del Ministerio Fiscal, impidiéndosele el acceso a la justicia” (fs. 155).

3. Del recurso de inconstitucionalidad se corrió traslado a la defensa (fs. 172/189 de los autos principales) y la Sala II declaró inadmisibile el recurso interpuesto porque no atacaba una decisión definitiva ni equiparable a tal y, además, porque no exponía un caso constitucional (fs. 161/162). La señora fiscal de Cámara interpuso recurso de queja (fs. 163/171) contra el auto denegatorio mencionado. En su escrito, solicitó al Tribunal que “declare el efecto suspensivo de la interposición” del recurso directo (fs. 170 vuelta/171). La Fiscalía General Adjunta, al contestar la vista conferida, confirmó esa solicitud (fs. 180 vuelta), al tiempo que propició que el Tribunal admitiera la queja e hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

El Tribunal resolvió dar efecto suspensivo a la queja intentada (fs. 183/185).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Las cuestiones que se debaten en esta causa resultan sustancialmente análogas, *mutatis mutandi*, a las tratadas y resueltas por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de

Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454/09, resolución del 8/9/2010. En consecuencia, me remito, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución que expresé en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este nuevo pronunciamiento.

2. La resolución que propongo para el caso en nada desatiende lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Acosta” (*Fallos*, 331:858), invocado por los diferentes sujetos procesales del caso. En aquel precedente, el Tribunal cimero se limitó a descalificar por arbitraria la interpretación efectuada por los jueces, quienes habían considerado que la pena sobre la que debía examinarse la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba —de acuerdo a lo establecido por la Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno, al resolver el caso “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, sentencia del 17/8/1999— era la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años (*Fallos*, 331:858, considerando 5°).

Tal criterio no puede conducir inexorablemente, sin más, a una separación de los párrafos del art. 76 bis del C.P. que permita afirmar, desvirtuándolo, que el requisito del “consentimiento fiscal” estipulado en el cuarto apartado de dicho artículo no sea imprescindible en todos los supuestos en los que vaya a suspenderse el juicio a prueba; así como tampoco podría afirmarse razonablemente que en los casos en los que la pena en expectativa, en abstracto, sea mayor a la de tres años de reclusión o prisión, no deba estarse también al cumplimiento de los restantes requisitos especificados en los primeros tres párrafos del art. 76 bis, C.P. —v. gr. solicitud del imputado u ofrecimiento de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible—. Sobre el punto, comparto, en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por el doctor Luis F. Lozano en el punto 7 de su voto en el expediente “Benavidez”, ya citado.

3. Por las razones que dejo expuestas, en atención a que no existen cuestiones de hecho y prueba controvertidas y a lo previsto en el art. 31 de la ley 402, corresponde: *a) hacer lugar* a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Ministerio Público Fiscal; *b) revocar* la sentencia recurrida, y *c) dejar sin efecto* la suspensión del juicio a prueba con relación al señor Estigarribia, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, José O. Casás, en atención a que, como destaca, las cuestiones debatidas en autos son sustancialmente análogas a las tratadas en el precedente “Benavidez” que cita, por lo que corresponde remitirse a los fundamentos expuestos en esa oportunidad.

Comparto también las apreciaciones realizadas por el Dr. Casás en el punto dos de su voto. Sólo entiendo pertinente señalar que en “Acosta”, la CSJN, al describir la interpretación que descartó por arbitraria, dijo que la sentencia impugnada había sostenido “...*que la conformidad fiscal con la procedencia de la suspensión del proceso no era vinculante* y que ‘...al prever dicha figura en abstracto y en su máximo una pena de seis años de prisión, el beneficio se torna improcedente, pues supera el límite de tres años de prisión que impone el art. 76 bis, 1° y 2° párrafos del C.P.’” (el destacado me pertenece). Sin perjuicio de lo destacado por mi colega, en ese contexto, las referencias del Máximo Tribunal federal a un “derecho” a obtener una suspensión del proceso a prueba no pueden ser leídas con independencia de la circunstancia de que en el caso existía una voluntad fiscal favorable a la concesión del beneficio y que era el juez quien se había negado a otorgarlo con base en una interpretación de la ley que la Corte Suprema desechó por errada. Así, las cosas, del precedente mencionado no puede extraerse una conclusión contraria a la solución adoptada por este Tribunal en “Benavidez”.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

En líneas generales, suscribo el voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás, y comparto los desarrollos contenidos en el voto de mi colega el doctor Luis F. Lozano.

A todo evento, corresponde señalar que la decisión que suspende el juicio a prueba a pesar de la oposición del Ministerio Público Fiscal no tiene el mismo alcance o efecto para éste, que las consecuencias que proyectaría aquella otra decisión que no hace lugar a la *probation* a pesar de la intención del imputado de acogerse a ese beneficio. Ello así, porque, en un caso, se le impide la continuación del trámite procesal de acuerdo a su discrecionalidad técnica al funcionario encargado de llevar adelante e impulsar aquel trámite, mientras que, en el otro, el proceso continúa —al margen del comprensible disgusto del sujeto imputado— de acuerdo a los cauces normales propios de cualquier juicio penal y hasta su terminación. En palabras muy simples, para el Ministerio Público Fiscal la decisión que concede una *probation* en contra de su voluntad constituye una que culmina el proceso y cierra toda discusión —al menos de manera momentánea, pero con previsible grado de certeza si el imputado cumple satisfactoriamente su compromiso—, mientras que, para el encartado, la decisión que la deniega no proyecta más consecuencias que la continuación del trámite y de toda discusión que corresponda o no llevar a cabo. Dicho esto, la eventual equiparabilidad a “sentencia definitiva” (art. 27, ley 402) de una y otra decisión según quien la recurre parece encontrarse subordinada a circunstancias de distinta naturaleza: el gravamen irreparable para el Ministerio Público Fiscal estará presente sólo cuando sea verificable un razonable interés en que un determinado proceso continúe y se sustancie el juicio; mientras que para el imputado ese perjuicio sólo estará presente en el supuesto de que se le hubiera denegado la posibilidad de acogerse a este beneficio de manera irrazonable o manifiestamente infundada y, por lo tanto,

se pretenda la realización de un juicio que resulte innecesario o absurdo.

En el precedente “Benítez” (23/5/2007) consideré que la interpretación de los jueces de la Sala III del tribunal *a quo*, sobre el instituto legal previsto en el art. 76 bis del C.P., en virtud de la cual entendieron que era “vinculante” el dictamen del fiscal acerca de la inconveniencia de otorgar una suspensión del juicio a prueba con relación a aquel encartado —fundada en “razones de política-criminal que aconsejaban no otorgar[la]” que vale recordar no habían sido compartidas pero sí “fueron considerad[a]s por ellos como un obstáculo serio, razonado y suficiente para no conceder el ‘beneficio’ solicitado”—, no desvirtuaba el texto de la ley, ni resultaba injustificado o constitucionalmente intolerable para ese imputado. En esa oportunidad concluí que “en la medida en que un fiscal expres[ara] fundamentos suficientes (o incluso *opinables*)”, correspondía dar virtualidad a su negativa en el caso concreto, toda vez que —en mi concepto— “la manera como debe impulsarse la acción o dejar de hacerlo es una atribución exclusiva del órgano requirente y [e] control que efectúan los jueces sobre los fundamentos del [Ministerio Público Fiscal], no debiera importar tanto como desplazarlo en ese ejercicio (...) [ya que de] lo contrario, bastaría con que un magistrado no compartiera tales argumentos, o directamente prescindiera de éstos (...), para desnaturalizar el contenido del instituto y el alcance de su función dentro del proceso penal”.

En la actualidad, esta misma interpretación ha sido consagrada por el legislador local en el art. 205 del CPP (ley 2303) —cuya constitucionalidad no ha sido ni siquiera controvertida— en cuanto establece que “[l]a oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el Tribunal”. El parámetro para dar virtualidad a aquella negativa, en sintonía con lo que expresé en el precedente mencionado en el párrafo que antecede, es que existan y se den “razones” relacio-

nadas con el caso concreto y que permitan conocer, o, al menos, deducir, en qué consiste o se funda la conveniencia de que se sustancie el juicio —conveniencia que, por cierto, no puede provenir de un examen abstracto o general que resulte insuficiente por sí solo para dar sustento a una oposición “fundamentada” en la causa concreta y que termine por vaciar de contenido a la frase “razones de política criminal”, desde que tales razones algo habrán de explicar acerca de la situación puntual de un determinado sujeto, sobre las particularidades o circunstancias en las que tuvo lugar un determinado suceso o acerca de la imperminencia de resolver el conflicto mediante una salida alternativa al juicio oral y público—. La eventualidad de que el fiscal promueva la realización de un juicio cuando lo crea ventajoso para los intereses generales que encarna, o su suspensión “a prueba”, no implica reconocerle facultades discrecionales que de cualquier manera excedan a las que ya tiene otorgadas de acuerdo a los principios constitucionales que rigen en esta Ciudad (en particular, arts. 13.3, 124 y 125, CCABA) y a las normas infraconstitucionales que gobiernan su actuación dentro de los procesos de naturaleza penal que tramitan en la jurisdicción local. En ese sentido, los integrantes del Ministerio Público Fiscal cuentan con cierto margen de discrecionalidad —margen que se vincula de manera directa con los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad que, se presupone, deben guiar su actuación procesal— para definir el curso de acción que debe seguir un determinado proceso en función de los hechos que han investigado y que, si corresponde, tendrán que demostrar.

En el caso, el fiscal de primera instancia que intervino en la audiencia afirmó que “*el instituto no es de aplicación automática sino que hay que analizar cada caso en particular; (...) es decir [que] el Sr. Estigarribia tenía en su poder un arma (...) en su riñonera, en una zona con afluencia de público y en horas de la noche (...) [y] la Defensa no pudo acreditar que el arma que llevaba fuera con fines lícitos (...) en*

función de las constancias agregadas al legajo” (fs. 121 vuelta); constancias que dan cuenta que la policía observó “en la intersección de las calles Santiago del Estero y Pavón [esto es, más allá de que los jueces de mérito duden en cuanto a tal “concur-rencia masiva”, a escasas cuerdas de las estaciones de trenes y ómnibus ubicadas en el barrio porteño de Constitución] a *dos personas* del sexo masculino a bordo de un ciclomotor (...) [que] *no poseía chapa patente y (...) [sin] sus cascos colocados*, [frente a lo cual] el personal preventivo se acercó a labrar las actas de infracción (...), se le solicitó la documentación pertinente a la persona (...) —que finalmente resultó ser el Sr. Estigarribia— quien *extrajo de su riñonera el arma de fuego (...) [y la] dejó caer al suelo*” (conf. el relato de los “hechos relevantes” en el requerimiento de juicio —fs. 3 vuelta— y en el recurso de apelación —fs. 124 vuelta— que se presentaron, respectivamente, antes y después de la precitada audiencia; lo destacado me pertenece).

En resumen, cualquiera que sea el acierto o desacierto de la hipótesis de investigación seguida por el Ministerio Público Fiscal o de las estrategias probatorias que no pudo desplegar, como consecuencia de esta suspensión del juicio a prueba resuelta contra su expresa voluntad, lo cierto es que esos fundamentos pueden ser calificados como “opinables” (*in re*, “Benítez”), pero bajo ningún concepto pueden ser reputados de inexistentes o desvinculados con este sumario. Dicho de otra manera, las “apreciaciones manifiestamente sobrevaluadas acerca de las circunstancias que rodearon al hecho” que (a fs. 150 vuelta) los distinguidos integrantes de la Sala II atribuyeron al órgano acusador, en esta causa no pasan de ser una particular forma de subrogar al Ministerio Público Fiscal en su función —adelantándose injustificadamente en la valoración de aspectos materiales de una imputación que en todo caso debió ser objeto de prueba y contradicción—, constituyendo tal subrogación un desconocimiento del sistema acusatorio, del principio de imparcialidad y del

debido proceso. Los fundamentos desarrollados por el titular de la acción por lo tanto, “sin más aditamentos, constituyen ‘un obstáculo serio, razonado y suficiente’ como para no otorgar el beneficio que se solicita, toda vez que importan una valoración procesal global del imputado y de las características del delito (concreto) que aquí se le atribuye, valoración surgida a partir de un minucioso estudio del caso por parte del representante del Ministerio Público Fiscal” (“Toledo”, 28/10/2009); minucioso estudio, que, aun en el supuesto de que finalmente resulte incorrecto o exagerado, deberá ser validado o no por los magistrados de la causa al momento de dictar la sentencia que se expida sobre su mérito.

Por lo expuesto, voto por *hacer lugar* a los recursos interpuestos por la titular de la acción —que, en este caso, ha demostrado tener un razonable interés en que el proceso no sea suspendido—, *revocar* la decisión en crisis en cuanto fue materia de agravio y *ordenar* la continuación del trámite.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La situación planteada en autos es equivalente a la resulta en autos “Benavidez” (expte. n° 6454/9, resolución del 8/9/2010). Tal como ocurriera en dicha oportunidad, la queja obrante a fs. 163/171 si bien fue interpuesta por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402) debe ser rechazada. La señora fiscal de Cámara no ha logrado conmovier los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar su recurso de inconstitucionalidad, ni da fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibile porque no estaba dirigido contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal (fs. 161/162 vuelta).

La quejosa no da razones que permitan comprender por qué el caso le produciría un daño que merezca reparación inmediata. Se limita a afirmar que la sentencia que concede una suspensión del proceso a prueba “le genera un perjuicio de imposible reparación ulterior ya que permite que

eventualmente se extinga la acción penal” (fs. 164) y a enumerar una serie de principios constitucionales.

3. En síntesis, la queja debió explicar en qué consistiría el daño —cuya reparación la Fiscalía califica de urgente—, y no lo hizo, lo que basta para tornarla inadmisibles en el marco de las disposiciones de la C.N. y de la CCABA, según las cuales las garantías del procedimiento penal no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados.

4. Por lo expuesto voto por rechazar la queja.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja agregado a fs. 163/171.

2. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 152/160, *revocar* la sentencia de Cámara, del 1º/9/2009, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 8/9/2010 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/infr. art. 189 bis, C.P.’”, expte. n° 6454/09.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

DLXXII - FLORES, BERNABÉ MARTÍN S/INFR. ART. 111, CC CONducir EN ESTADO DE EBriedAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO⁴

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestión constitucional. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Extinción de la acción contravencional. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Acuerdo de partes. Oposición del fiscal. Homologación del acuerdo. Interpretación de la ley. Facultades del juez: alcances. Debido proceso. Defensa en juicio. Sistema acusatorio. Acción pública. Deberes del juez. Deber de imparcialidad. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SAPCyF n° 10.667/14 - 1º/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

⁴ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13, en este tomo, p. 3473.

RESULTA:

1. La titular del Juzgado en lo PCyF n° 14, a pesar de la oposición del Ministerio Público Fiscal, admitió la solicitud efectuada por la defensa del Sr. Flores y suspendió el proceso a prueba, por el término de (6) seis meses (fs. 60/76 y 78). Ese pronunciamiento fue impugnado por la Fiscalía (fs. 79/82) y fue confirmado, parcialmente, por la Sala II de la Cámara de Apelaciones (fs. 103/115, 112/113 y 115).

2. Contra esa resolución, la titular de la Fiscalía de Cámara (Sudeste) dedujo un recurso de inconstitucionalidad (fs. 117/126) en el que afirmó que la decisión objetada resultaba equiparable a sentencia definitiva y denunció que la Sala II al fallar como lo hizo se apartó injustificadamente de la postura adoptada por este Tribunal referida a la suspensión del proceso a prueba en materia contravencional. Como motivos de agravio expuso: *a*) que no había existido acuerdo y deliberación entre los jueces que suscribieron la decisión, que las partes no fueron notificadas con relación a la integración de la Sala y que tampoco había existido una “mayoría” real, todo lo cual tornaba nula a la sentencia, y *b*) que el otorgamiento de tal suspensión del proceso a prueba, si bien fundado en normas locales infraconstitucionales, afectó los principios de legalidad, imparcialidad, debido proceso, sistema acusatorio, división de poderes y la autonomía funcional del MPF, configurando un evidente exceso jurisdiccional, por haberse dispuesto la suspensión del ejercicio de la acción contravencional, cuyo ejercicio, oportunidad y conveniencia le corresponde exclusivamente a aquel (fs. 117/126).

3. La Sala II, por mayoría, en virtud de lo resuelto por este Tribunal en el precedente “Jiménez” (expte. n° 7238/10) declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 134/136).

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, solicitó que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y propició que se declarara la nulidad de la resolución cuestionada y que se continuara con la tramitación del caso (fs. 142/162).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

En consecuencia, remitimos, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresada en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010),

razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo votamos.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

En consecuencia me remito, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado (puntos 2 y 3 del dispositivo), del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

De esta manera, al margen de que en la decisión que concedió el recurso de inconstitucionalidad se omitió el tratamiento del agravio vinculado con la alegada nulidad de la sentencia (fs. 119 vuelta/123 y 134/136), sin precisarse en su parte dispositiva que se lo admitía solo parcialmente, la forma en que resuelvo me releva de pronunciar-me sobre ese punto.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 117/126, *revocar* la resolución de Cámara, del 17/10/2013, y *dejar sin efecto* la suspensión del proceso a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXIII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES PCYF -UNIDAD FISCAL SUR -DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS MONTALVO ARROYO, ANGEL S/INFR. ART(S). 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC⁵

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestión constitucional. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Extinción de la acción contravencional. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Acuerdo de partes. Oposición del fiscal. Homologación del acuerdo. Interpretación de la ley. Facultades del juez: alcances. Debido proceso. Defensa en juicio. Sistema acusatorio. Acción pública. Deberes del juez. Deber de imparcialidad. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SAPCyF n° 10.686/14 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Como surge de la resolución anterior de este Tribunal (fs. 130/131), el Fiscal de Cámara Sur dedujo recurso de queja (fs. 90/98) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a su turno, contra la decisión que revocó la resolución de primera instancia, concedió la suspensión del proceso a prueba al Sr. Montalvo Arroyo por el término de un (1) año y dispuso que la jueza de grado fijara las pautas de conducta adecuadas al caso en los términos del art. 45 del CC (fs. 63/68).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad los integrantes de la Sala III consideraron que la resolución atacada no constituía una sentencia definitiva ni equiparable y que el recurrente no planteó un caso constitucional (fs. 84/88).

2. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General Adjunto sostuvo la queja interpuesta, solicitó el efecto suspensivo —que fue resuelto de modo favorable por este Tribunal, el día 7/5/2014— y consideró que correspondía dejar sin efecto la suspensión del proceso a prueba resuelta y continuar con la tramitación del caso (fs. 102/128).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

⁵ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13, en este tomo, p. 3473.

En consecuencia, corresponde remitir en lo pertinente a las razones y a la solución que han sido desarrolladas en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo votamos.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 90/98).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 71/77, *revocar* la resolución de Cámara, del 25/10/2013, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se devuelvan los autos principales y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

**DLXXIV - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN
VILLALBA, MARCELO ALBERTO S/INFR. ART. 128, PÁRR. 1° DEL C.P.**

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Rechazo. Cuestiones procesales.

Expte. SAPCyF n° 9905/13 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta en queja ante este Tribunal (fs. 64/71) contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que la defensa oficial había interpuesto, a su vez, contra el pronunciamiento de esa misma Sala (fs. 44/46) por el que se decretó la nulidad de la resolución de primera instancia que había ordenado al Consejo de la Magistratura local el pago de la suma de treinta y ocho mil cien pesos (\$ 38.100) al Ingeniero Gustavo Daniel Presman, en concepto de honorarios por su actuación profesional como perito en informática forense (fs. 39).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado el recurrente afirmó, sintéticamente, que la decisión de la Sala II era violatoria del debido proceso, de la defensa en juicio y de los principios de legalidad, acusatorio y razonabilidad de los actos públicos. En esa línea, explicó que el recurso de apelación que había deducido el Consejo de la Magistratura no habilitaba a revisar la decisión respecto de quién debía pagar los honorarios sino que se limitaba a discutir el monto por el cual había sido intimado; de ese modo, agregó, al excederse del objeto del recurso, el tribunal *a quo* afectó su imparcialidad, a la vez que su decisión implicó una restricción de los derechos de Villalba pues, al haber sido condenado en costas por sentencia firme, ahora quedaba expuesto a satisfacer el pago de los honorarios regulados por la tarea pericial realizada a pedido del Ministerio Público Fiscal (fs. 48/54).

3. Los jueces de la Sala II de la Cámara declararon inadmisibile el recurso pues entendieron que la decisión cuestionada no era una sentencia definitiva ni equiparable por sus efectos y tampoco se configuraba en el caso una cuestión constitucional sino un mero desacuerdo del recurrente en torno a la interpretación y aplicación de normas que reglan el procedimiento en materia penal (fs. 58/62).

4. El Fiscal General, al tomar intervención, consideró que debía rechazarse la queja por falta de relación directa entre las garantías invocadas y lo resuelto por el *a quo* (fs. 75/77).

5. Con posterioridad al llamado de autos al Acuerdo (fs. 79) se requirieron los autos principales, diligencia que fue cumplimentada a fs. 83.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La presentación de fs. 64/71 fue interpuesta en término, conforme las exigencias formales del art. 33 de la ley 402 pero no puede prosperar.

2. En efecto, la decisión de la instancia revisora de mérito que decretó la nulidad de la resolución de primera instancia, que había ordenado al Consejo de la Magistratura local el pago de una suma por honorarios a quien actuara como perito en el caso, es propia del Tribunal *a quo*, como también lo es todo lo concerniente a las costas generadas durante el proceso. Ello pues se trata de la interpretación de reglas procesales locales, en principio, ajena a la competencia de este Tribunal.

Por lo demás, la decisión objetada no imposibilita necesariamente la discusión posterior en torno a quién le corresponderá abonar el pago de dichos honorarios, toda vez que lo resuelto por la Cámara se circunscribió a declarar la nulidad de la resolución que ordenaba al Consejo de la Magistratura a realizar aquella erogación porque el juez la había adoptado de oficio y sin tener en cuenta que una decisión similar ya había

sido revocada por contrario imperio por otro magistrado. Por lo demás, la referencia de los camaristas a la existencia de una sentencia condenatoria firme que había impuesto el pago de las costas al encausado no resulta dirimente para definir la cuestión toda vez que será el titular del Juzgado el que deberá dictar una decisión al respecto luego de evaluar los desarrollos argumentales de todas las partes interesadas, debate que aún no se ha realizado, según dan cuenta las presentaciones de fs. 362/363; 371/372; 375 y 379/380 de los autos principales.

3. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto.

Así lo voto.

Las juezas INÉS M. WEINBERG y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto del Sr. juez de trámite, José O. Casás.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 64/71).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXV - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS "FELGUERAS, CÉSAR S/INFR. ART(S) 111, CC"

Licencia de conducir. Sistema de evaluación permanente de conductores: puntaje. "Scoring". Descuento de puntos. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Notificación al Poder Ejecutivo. Exceso de jurisdicción. Economía procesal. Jurisprudencia del Tribunal Superior.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.933/14 - 1º/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpuso recurso de queja (fs. 68/76) contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones (fs. 63/64) que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad (fs. 49/54) que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que confirmó la resolución de primera instancia en cuanto había dispuesto declarar la extinción de la acción contravencional seguida contra el Sr. César Felgueras —por haber cumplido con las reglas de conducta

que oportunamente le habían sido impuestas al concedérsele la suspensión del proceso a prueba— sin efectuar la comunicación prevista en el art. 45, *in fine*, del CC (fs. 37/46).

2. La fiscalía, en su recurso de inconstitucionalidad, afirmó que se encontraba legitimada para interponer el remedio procesal y expuso las razones por las que entendía que la decisión impugnada constituía un auto que por sus implicancias debía ser equiparado a una sentencia definitiva.

A su vez, solicitó que se declarara la nulidad de la decisión de la Cámara de Apelaciones por entender que “el pronunciamiento impugnado presenta deficiencias de fundamentación que lo invalidan como acto judicial válido toda vez que se conforma por los votos de dos jueces que no coinciden y un tercero, emitido por una jueza, que no puede considerarse parte integrante de la decisión ya que no fue emitido tras la reunión y deliberación de los integrantes de la Sala, tal como lo exige el art. 28 de la Ley 7” (fs. 50 vuelta) y por la falta de notificación a las partes de la nueva integración del Tribunal. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad del art. 18 del Reglamento para la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas en cuanto habilita a los magistrados a emitir sus votos sin previa deliberación, por afectar el sistema acusatorio y el principio de legalidad.

Por último, señaló que los jueces de la Cámara, al no aplicar lo establecido en el último párrafo del art. 45, CC, habían afectado el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley e incurrido en un exceso de jurisdicción y, a su vez, se habían apartado de la doctrina sentada por el TSJ en distintos precedentes que resultan de aplicación al caso (fs. 49/54).

3. Los jueces de la Sala I declararon inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad por considerar que no se había presentado un caso constitucional.

4. El Sr. Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, sostuvo el recurso interpuesto y solicitó que se decretara el efecto suspensivo de la queja. Además, opinó que correspondía declarar la nulidad de la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y la inconstitucionalidad del art. 18, anexo I del Reglamento para la Jurisdicción en lo Penal, Contravencional y de Faltas y, por último, señaló que este Tribunal debía declarar la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas, continuar la tramitación del caso y, consecuentemente, aplicar lo dispuesto en el art. 45, último párrafo, del Código Contravencional (fs. 80/84).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja interpuesta por la Sra. Fiscal de Cámara Sudeste es admisible. Fue deducida en tiempo y forma (art. 33, ley 402) y contiene una crítica concreta y suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Corresponde también hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, en virtud de los motivos que se exponen a continuación.

2. Los jueces Vázquez y Paz sostuvieron que, sin perjuicio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del último párrafo art. 45 del CC, en autos dicha norma no resulta aplicable. Ello así en tanto consideraron que: *i*) la comunicación al Poder Ejecutivo no forma parte del acuerdo al que arribaron la fiscalía y el imputado; *ii*) afecta el principio de inocencia, y *iii*) importa la imposición de una sanción sin juicio previo.

3. El art. 45 del CC establece que en ciertos casos el imputado de una contravención puede acordar con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso a prueba, sin que ello implique admitir su responsabilidad. Cumplidas las reglas de conducta im-

puestas por el Juez, la acción contravencional se extingue. Dicho artículo además regula: “La suspensión del proceso a prueba no obstará a que en los casos previstos en los arts. 111, 112 y 114 del Título IV, Capítulo III de este Código el Juez Contravencional notifique al Poder Ejecutivo para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena”.

4. En autos, el proceso contravencional se inició al Sr. Felgueras por presuntamente haber conducido un vehículo con una dosis de alcohol en sangre superior a la permitida el día 17/3/2012, supuesto encuadrado en el art. 111 del CC. El juez de primera instancia hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado por el plazo de seis meses (fs. 14/18). Cumplido aquel plazo y las condiciones pactadas, el juez resolvió declarar extinguida la acción contravencional sin expedirse sobre la comunicación de la homologación del acuerdo arribado, al Registro de Antecedentes de Tránsito, destinada al descuento de puntos. En este sentido, al resolver el recurso de reposición planteado por la Fiscalía, sostuvo que tal comunicación afectaba la presunción de inocencia y que, a su vez, el imputado no había prestado su conformidad a esos fines (fs. 19 y 23/25).

5. La cuestión ventilada en autos no resulta novedosa. En “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’” (sentencia de fecha 24/8/2012) y “Ministerio Público Fiscal de la CABA —Fiscalía de Cámara Sudeste— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gallagher, Carlos Esteban s/inf. art. 111, CC, Inconstitucionalidad’” (sentencia de fecha 15/4/2014), entre otros precedentes, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad, este Tribunal ha sostenido que la comunicación del art. 45, *in fine*, del CC es constitucional, dado que no vulnera la garantía de juicio previo ni el principio de inocencia, que la comunicación al Poder Ejecutivo no es una regla de conducta y, por ende, no necesita ser consentida por el imputado y que toda decisión que ordene desaplicar una norma vigente inequívocamente aplicable al caso es arbitraria.

La resolución dictada por la Sala I desconoce abiertamente la jurisprudencia de este Tribunal que ha establecido que la norma es constitucional. El principio de economía procesal debe guiar la actuación de los tribunales y, tal como es doctrina de la CSJN, los tribunales inferiores tienen el deber moral de seguir los lineamientos fijados por los tribunales máximos, con excepción del supuesto en que los primeros aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por estos últimos (“*Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo*”, sentencia de fecha 4/7/1985), lo que no ocurrió en el *sub judice*. En autos, los fundamentos aportados no son adecuados ni suficientes para apartarse de la doctrina de este Tribunal.

6. Es dable recordar aquí que nuestro Tribunal Supremo también estableció que no es posible “apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la leyes es su letra, y que cuando esta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella (*Fallos*, 218:56; 299:167). De otro modo podría arribar a una interpretación que —sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal— equi-

valiese a prescindir de su texto (*Fallos*, 279:128; 300:687; 301:958)” (“Ballvé, Horacio Jorge c/A.N.A. s/nulidad de resolución”, sentencia de fecha 9/10/1990).

7. Por último, resulta necesario reiterar que la suspensión del juicio a prueba es un modo alternativo de resolución de conflictos al que el imputado se somete de manera voluntaria. El mismo trae aparejadas determinadas cargas (o reglas de conducta), eventuales consecuencias (como el descuento de puntos y los hipotéticos efectos sobre las condiciones de vigencia de las licencias de conducir en el ámbito de esta Ciudad) y también beneficios, en la medida en la cual se evita la celebración de un juicio y el dictado de una posible condena. Cuando un imputado acuerda con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso, como ocurrió en el presente caso, *acepta voluntariamente* dicho conjunto de cargas, consecuencias y beneficios. Afirmar lo contrario significaría reconocer la incongruente pretensión de que los presuntos contraventores presten su conformidad limitada a los beneficios del régimen jurídico establecido y — al mismo tiempo— formulen reservas en cuanto a su estricta aplicación o a los efectos derivados de aquella aplicación.

8. Por lo expuesto, voto por: i) *admitir* la queja; ii) *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; iii) *revocar* la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF de fs. 37/46; y iii) *devolver* las presentes actuaciones para que se cumpla con la notificación al Poder Ejecutivo dispuesta en el art. 45, CC.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La representante del Ministerio Público Fiscal viene en queja ante este Tribunal contra la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que cuestionaba, a su vez, la resolución de la Cámara que confirmó la adoptada en primera instancia en cuanto había dispuesto declarar la extinción de la acción contravencional sin ordenar que se practicase la comunicación prevista en la última parte del art. 45 del Código Contravencional (foja 19).

La presentación directa fue interpuesta en legal tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402) y contiene una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la representante del Ministerio Público Fiscal presenta con éxito un caso de competencia del Tribunal vinculado con las previsiones de los arts. 18, C.N. y 13.3, CCABA, en tanto señala una extralimitación jurisdiccional por parte de los magistrados actuantes que no se ajusta al desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso. En este sentido, cuestiona de manera suficiente el razonamiento del que se valieron los jueces de la Alzada para prescindir de la aplicación de una norma vigente —sin declarar expresamente su inconstitucionalidad— y de varios precedentes de este Tribunal que el recurrente considera aplicables al caso. Paralelamente, su pretensión de que sean restablecidas las consecuencias previstas en la última parte del art. 45, CC no podrá ser analizada en otro momento procesal.

2. Sucintamente, la Cámara confirmó la decisión que dispuso no efectuar la notificación al Poder Ejecutivo, en un caso de suspensión del proceso a prueba, para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte que resultarían aplicables en el caso de que recayera condena (art. 11.1.4, inc. d, ley 2148).

Para así resolver, los magistrados sostuvieron, por una parte, que “[s]in perjuicio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la regla cuestionada [...] en el caso no resulta posible su aplicación”, pues “[...] no le fue informado al imputado ni tam-

poco consintió la consecuencia que hoy se pretende imponer, pese a que se encuentra amparado por el principio de inocencia” (fs. 39/39 vuelta). En igual sentido, se señaló que “las circunstancias de autos no resultan análogas a las causas del TSJ: ‘Ruiz Huidobro’, ‘Thompson’ y ‘Santambrogio’ citadas por la titular de la acción”, en tanto “la notificación al Poder Ejecutivo de la Ciudad para la quita de puntos de la licencia de conducir [...] no puede ser decidida en el presente proceso por fuera de las consecuencias que él exclusivamente aceptó” (foja 39 vuelta).

Por otra parte, se argumentó que “[l]as consecuencias del descuento de puntaje configurarían ‘castigos’ [...] y por su naturaleza configuran una manifestación de la coerción estatal importando la privación de derechos”, así como que “[r]esulta indispensable y necesario que en forma previa a la imposición de una sanción [...] se sustancie un proceso que concluya con el dictado de una decisión definitiva sobre el hecho y la responsabilidad del imputado, pues la garantía del juicio previo está consagrada constitucionalmente (arts. 18 C.N. y 10 CCABA)” y “la presunción de inocencia exige que una sentencia declare la culpabilidad del imputado, como presupuesto necesario para la imposición de una sanción” (foja 44 vuelta).

3. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la parte acusadora también prosperará pues, a mi juicio, rebate de manera suficiente los escasos desarrollos utilizados en la decisión impugnada para evadir la aplicación de la última parte del art. 45 del Código Contravencional.

En primer lugar, según el entendimiento de los jueces de la Cámara, la comunicación al Poder Ejecutivo no puede ser efectuada en el presente caso pues “no le fue [informada] al imputado ni tampoco [la] consintió” y “la quita de puntos [...] no puede ser decidida en el presente proceso por fuera de las consecuencias que él exclusivamente aceptó” (foja 39 vuelta). Estas afirmaciones carecen de sustento. No encuentro razones —y menos han sido ellas expuestas en la decisión cuestionada— que permitan sostener válidamente que se halla en cabeza del presunto infractor, que *voluntariamente* se sujeta a la suspensión del proceso a prueba, elegir qué porción de ese régimen legal se le aplicará. Por el contrario, la previsión del último párrafo del art. 45, CC no constituye una “pauta de conducta” cuya aplicación pueda —por tanto— ser o no convenida por las partes. Se trata, en cambio, de una previsión legal no sometida a acuerdo alguno y destinada a que la suspensión del proceso a prueba no impida la posibilidad de aplicación del sistema de evaluación permanente de conductores.

En el caso, no ha sido cuestionado que el imputado requirió, junto con su letrado defensor, la aplicación del instituto previsto en el art. 45, CC —que, como se explicó, incluye concretamente la posibilidad de “quita de puntos” en cuestión—, sin que se invocara en esa oportunidad la inconstitucionalidad de ninguna de las consecuencias legalmente previstas en la norma citada (foja 10). A raíz de dicha solicitud, pese a la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal y en confrontación con la reiterada jurisprudencia de este Tribunal al respecto (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacentes —CC—”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), el juez suspendió el proceso a prueba y sometió al imputado a las disposiciones del art. 45, CC. En síntesis, la suspensión del proceso a prueba se debió a un pedido expreso y unilateral del imputado que, además, estuvo asistido en todo momento por su defensor de confianza, de todo lo cual puede presumirse, fundadamente, que estuvo asesorado en forma debida sobre los alcances del instituto (conf. mi voto *in re* “Bony, Carola s/infr. art(s). 111,

conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760, resolución del 12/3/2014).

Ninguna de estas afirmaciones fue controvertida por los jueces de la Cámara, quienes se limitaron a considerar como una opción aquello que, en el caso, constituye una imposición legal. Desde esta perspectiva, la resolución del *a quo* configura un acto de pura autoridad pues desconoce la ley aplicable al caso sobre la base de una fundamentación lábil e inconsistente. En ese sentido, cabe señalar que los jueces no pueden abrogarse el papel de legisladores estableciendo exigencias adicionales o formulando distingos que el precepto legal no contiene. Actos de tal naturaleza no se exhiben como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa y deben, por tanto, ser descalificados como actos jurisdiccionales válidos (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público Fiscal de la CABA —Fiscalía de Cámara Sudeste— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gallagher, Carlos Esteban s/inf. art. 111, CC, Inconstitucionalidad’”, expte. n° 9860, resolución del 15/4/2014).

Por último, en función de las particularidades del presente caso, cabe señalar que prescindir de la regla aplicable, que este Tribunal ha considerado constitucional (conf. este Tribunal *in re* “Santambrogio, Roberto Oscar s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9253/12, resolución de fecha 8/5/2013, entre muchos otros), importa una declaración contraria implícita a su validez confrontada con la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico o los principios que en él se consagran a través de su texto o por incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal modo de obrar importa, cuanto menos, un pronunciamiento en tal sentido, porque de no ser así, cabría tener por configurado un supuesto de prevaricato, al prescindir explícitamente de las normas aplicables por la mera voluntad de los magistrados.

Por ello, desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso, la sentencia se exhibe infundada (confr. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

4. El modo en que resuelvo me releva de pronunciarme sobre el restante agravio que articula la representante del Ministerio Público Fiscal.

5. Corresponde, en consecuencia, admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución de Cámara y devolver las presentes actuaciones para que se practique la comunicación prevista en el art. 45, *in fine*, del Código Contravencional.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja deducida por la representante del Ministerio Público Fiscal resulta admisible porque, al margen de que ella reúne los recaudos formales extrínsecos (art. 33, ley 402), contiene argumentos que ponen en crisis lo resuelto por el tribunal *a quo*. Los planteos que la recurrente desarrolla en su presentación permiten apreciar la existencia de una discusión constitucional que directamente desconoce la jurisprudencia de este Tribunal y el modo en que fue resuelta la controversia suscitada en el caso justifica que el Tribunal despliegue, nuevamente, las funciones que le confiere el art. 113.3, CCABA (*mutatis mutandi*, el Tribunal en “Del Tronco”, expte. n° 6785/09, resolución del 27/9/2010).

Por los fundamentos que expuse en los precedentes “Martínez Valea” (expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012) y “Gallagher” (expte. n° 9860/13, resolución del

15/4/2014), entre muchísimos otros, a los que cabe remitir, en lo pertinente y/o en homenaje a la brevedad, el recurso de inconstitucionalidad articulado también debe prosperar. Ello es así, porque los pronunciamientos que fueron controvertidos por la Fiscalía aparecen carentes de apoyatura en nuevos argumentos que justifiquen este deliberado apartamiento —por parte de los jueces de las instancias inferiores— de la constante jurisprudencia del Tribunal vinculada con la cuestión planteada. En tales condiciones, aquellas decisiones resultan francamente infundadas (*Fallos*, 307:1094) y en definitiva no se sostienen como actos jurisdiccionales válidos.

Al respecto, la confirmación del pronunciamiento de primera instancia —que dispuso declarar la extinción de la acción contravencional y que omitió aplicar de modo integral una norma de derecho infraconstitucional vigente—, por parte del tribunal *a quo*, importa una declaración contraria implícita de su validez que no ha sido precedida de una argumentación sólida y consistente, que permita concluir que la notificación, al Poder Ejecutivo, de la suspensión del proceso a prueba constituya una violación a la garantía del juicio previo y al principio de inocencia. Por el contrario, las decisiones dictadas solamente intentan conjurar un perjuicio hipotético sobre la base de una argumentación endeble, porque la comunicación judicial que esa norma impone a la Justicia efectuar no resulta apta, *per se*, para surtir efecto lesivo alguno y la eventual disminución en el puntaje pertinente de conductor, que eligió, asistido por su defensa y voluntariamente, someterse a esta salida alternativa, no puede ser corregida mediante una vía oblicua por los magistrados de la causa, en tanto ello consagra un exceso jurisdiccional que desorbita la función judicial, pone en crisis el principio de división de poderes y desconoce manifiestamente la asignación de roles legalmente prevista; obturando, por lo tanto, la actuación del GCBA en el ejercicio del poder de policía y en el adecuado control de las condiciones de idoneidad a las cuales se encuentran sujetas las licencias de conducir que se expiden en esta *urbe*.

En este sentido, no se han dado razones suficientes para concluir que el régimen de la suspensión del proceso a prueba ideado por el legislador de la CABA —en el cual el presunto contraventor acepta un conjunto de cargas o reglas de conducta, consecuencias sobre las condiciones de vigencia de su licencia de conducir y beneficios— se integre con “penas” o “sanciones” de alguna especie (arts. 21 y ss. del CC); ni el descuento de puntos constituye una “regla de conducta”, o una opción disponible para las partes que pueda ser sometida a “acuerdo” alguno, sino que forma parte integrante del régimen legal cuya aplicación fue peticionada por el imputado. Es ineludible resaltar que aquí se ha aprovechado una salida alternativa que requiere un acto de voluntad de quien consiente someterse a aquel régimen legal e integral, a través de su pretensión de acatarlo, y que ello determina la improcedencia de toda discusión de esa regulación con base constitucional, porque, afirmar lo contrario significaría reconocer la incongruente pretensión de que se preste la conformidad limitada a los beneficios del instituto pero al mismo tiempo se formulen reservas en cuanto a su estricta aplicación.

Conviene reiterar que toda persona que decida libremente acogerse a una suspensión del proceso a prueba en esta materia conoce y acepta —sin que sea necesario ningún recordatorio de aquello que se presume conocido y surge de la propia regulación—, que, en el supuesto de que acuerde con el Ministerio Público Fiscal esa suspensión del proceso respecto de cualquiera de las contravenciones de tránsito contempladas en el citado art. 45, *in fine*, en la oportunidad en que corresponda se procederá a comunicar al GCBA el cumplimiento de la suspensión. Ello así, toda vez que el eventual descuento de puntos en el registro pertinente se encuentra establecido, en los casos de suspensiones del proceso a prueba —cumplidas—, como una consecuencia administrativa y accesoria por el Código de Tránsito y Transporte; normativa cuya aplicación, cabe re-

cordarlo, tiene como propósito esencial garantizar la utilización adecuada y segura de la vía pública por parte de los usuarios que circulan por ella.

2. En mérito a lo indicado, voto por: a) *admitir* la queja y *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; y b) *revocar* el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y la resolución de primera instancia que ella confirma, en cuanto se limita a declarar la extinción de la acción contravencional, pero omite, sin aplicar derecho infraconstitucional vigente, realizar la notificación estipulada por el ordenamiento (art. 31, ley 402).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Ministerio Público Fiscal (fs. 68/76 y 49/54).

2°. *Revocar* el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 37/46) y devolver las presentes actuaciones para que se practique la comunicación prevista en el art. 45, *in fine*, del CC.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXVI - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA ESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ÁLVAREZ, MARÍA FLORENCIA S/INFR. ART. 111, CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES⁶

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestión constitucional. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Extinción de la acción contravencional. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Acuerdo de partes. Oposición del fiscal. Homologación del acuerdo. Interpretación de la ley. Facultades del juez: alcances. Debido proceso. Defensa en juicio. Sistema acusatorio. Acción pública. Deberes del juez. Deber de imparcialidad. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SAPCyF n° 10.451/13 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

⁶ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir

RESULTA:

1. Como surge de la resolución anterior de este Tribunal (fs. 146), la Fiscalía de Cámara Este interpuso recurso de queja (fs. 110/113) contra el pronunciamiento de la Sala II (fs. 106/109) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que confirmó la resolución de primera instancia que había suspendido el proceso a prueba por el término de cinco meses respecto de la Sra. Álvarez, a pesar de la oposición de la fiscalía.

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que, aunque la decisión atacada era asimilable a una sentencia definitiva, el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General Adjunto sostuvo la queja interpuesta, solicitó “el efecto suspensivo” —que fue resuelto de modo favorable, por este Tribunal, el día 28/5/2014— y propició que el Tribunal hiciera lugar a la queja, tratase el recurso de inconstitucionalidad denegado por la Cámara y que, oportunamente, revocara la resolución cuestionada a fin de poder continuar con el trámite del caso (fs. 118/123).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/2013.

En consecuencia remitimos, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 110/113).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 99/102, *revocar* la resolución de Cámara, del 27/9/2013, y dejar sin efecto la suspensión del

en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13, en este tomo, p. 3473.

juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expediente n° 9876/13.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se devuelvan los autos principales y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXVII - NARDULLI, LUCIANO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS PÉREZ OJEDA, DIOSNEL Y OTROS S/INF. ART. 181, INC. 1° - C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Depósito previo. Integración del depósito. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

Expte. SAPCyF n° 11.055/14 - 1°/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Los abogados defensores de Luciano Nardulli y Diosnel Pérez Ojeda dedujeron queja (fs. 88/93) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 86/87) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 80/84. Allí la defensa cuestionaba el pronunciamiento de la Sala (fs. 74/79) que dispuso revocar la sentencia de primera instancia en cuanto había hecho lugar a la excepción de manifiesta atipicidad por falta de participación criminal de los imputados Nardulli y Pérez Ojeda en los hechos calificados como constitutivos del delito de usurpación del Parque Indoamericano (6 y 8/12/2010) y los había sobreseído (fs. 47/57).

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa sostuvo que la decisión de la Cámara de Apelaciones afectaba las garantías del debido proceso y defensa en juicio y los principios de legalidad, igualdad y derecho penal de acto. En ese sentido, explicó que los jueces, para poder revocar el sobreseimiento, habían atribuido a sus defendidos un supuesto de autoría distinto al formulado por la fiscalía en el requerimiento de juicio.

La Sala I, a su vez, denegó aquel recurso porque no estaba dirigido contra una sentencia definitiva y porque tampoco se había argumentado sobre una posible equiparación de lo resuelto a una decisión con ese alcance.

3. El Sr. Fiscal General, al tomar intervención, consideró que el Tribunal debía rechazar la queja por no contener crítica alguna contra la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad y, además, porque no atacaba una resolución definitiva (fs. 113/115).

4. Posteriormente, y luego del llamado de autos al acuerdo, la defensa pidió al Tribunal (fs. 117/118) la suspensión del curso del proceso o la pronta resolución de la queja en virtud de que la jueza interviniente había fijado fecha para el debate oral y público y, por último, en el día de ayer, el Centro de Estudios Legales y Sociales y la Asociación Pensamiento Penal se presentaron, en forma conjunta, en calidad de *amicus curiae* acompañando los planteos de la defensa (fs. 120/137).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, INÉS M. WEINBERG y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. En forma preliminar corresponde expedirse sobre la pretensión del Centro de Estudios Legales y Sociales y la Asociación Pensamiento Penal de ser tenidos como *amicus curiae*. Como lo señalan los propios presentantes, el Tribunal, por mayoría, ha sostenido que la ley 402 solo admite la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos previstos para la acción declarativa de inconstitucionalidad (conf. “Mbaye, Ibrahima y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098 [*habeas corpus*]”, expte. n° 6448/09, resolución del 1º/7/2009) y los argumentos desarrollados por los accionantes no logran conmover aquel criterio debiéndose en consecuencia desglosar el escrito agregado a fs. 129/137 y proceder a su devolución.

2. La queja, interpuesta ante el Tribunal en tiempo y forma, debe ser rechazada por falta de fundamentación pues, tal como lo pone de manifiesto el Sr. Fiscal General en su dictamen, la defensa no refuta los fundamentos de la resolución que denegó su recurso.

3. En efecto, al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que interpuso la defensa, los jueces integrantes de la Sala I de la Cámara afirmaron que la decisión recurrida por esa vía no reunía la calidad de sentencia definitiva ni resultaba equiparable a tal, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, porque solo tenía por consecuencia la continuación del proceso. Además, los magistrados señalaron que la defensa no se había esforzado en explicar por qué la revocatoria del sobreseimiento que había sido dictado respecto de los imputados podía ser equiparada a una sentencia con aquel alcance.

La queja no logra desvirtuar esas aseveraciones. Los presentantes se han limitado a reiterar los agravios que habían expuesto al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad pero han omitido referirse a la razón expuesta por la Alzada para no admitir el recurso. Así, insistieron en exponer los motivos por los cuales consideran que el sobreseimiento dictado respecto de sus asistidos debió ser confirmado, invocando la vulneración de reglas constitucionales, pero omitieron toda referencia a las razones por las cuales la cuestión que plantean no pueda ser oportunamente discutida en el ámbito del debate oral y público ni señalaron motivos por los que ello pueda generar a los imputados un perjuicio de tal entidad que exija la intervención anticipada de este Tribunal.

La deficiencia argumental reseñada sella la suerte de la presentación efectuada, pues este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf.

el Tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 60 y ss.; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/05 y, más recientemente, “Ricciardi, Ana Gabriela y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ricciardi, Ana Gabriela s/infr. art. 181, inc. 1°, C.P.’”, expte. n° 10348/13, resolución del 27/8/2014).

4. Por lo demás, tal como lo afirmara la Alzada, este Tribunal ha decidido en numerosas ocasiones que las resoluciones como la que pretende poner en crisis la defensa, cuya única consecuencia es la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no constituyen la sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. este Tribunal *in re*: conf. “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—’”, expte. n° 3338/04, resolución del 1°/12/2004, entre muchos otros). Tampoco se advierten motivos que autoricen a considerar que la decisión en cuestión pueda ser equiparada a una sentencia definitiva, con fundamento en las garantías que se invocan. En síntesis, no se ha logrado poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007; “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472’”, expte. n° 5285/07, resolución del 12/9/2007; “Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116 CC, organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación—’”, expte. n° 5507, resolución del 9/4/2008 y “Dolmann, Franciso y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Dolmann, Francisco s/infr. art. 78, obstrucción de vía pública —CC—’”, expte. n° 6061/08, resolución del 11/2/2009).

5. Por las consideraciones expuestas, corresponde desglosar el escrito y sus copias obrantes a fs. 120/137 y devolverlas a los presentantes y, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General, rechazar el recurso de queja obrante a fs. 88/93 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que los imputados no se encuentran dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni se ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf., nuestros votos *in re* “Abeal, Néstor Alejandro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de juicio en autos Abeal, Néstor Alejandro s/inf. art. 150 y 149 bis, C.P.’”, expte. n° 10321/13, resolución del 20/8/2014 y los votos del doctor Casás *in re*: “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszcuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—”, expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 437 y ss.; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad

denegado en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—’, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo votamos.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desglosar* la presentación agregada a fs. 120/137 y proceder a su devolución.

2º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 88/93).

3º. *Intimar* a los recurrentes a que en el plazo de 5 días integren el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXVIII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MENDOZA, MIRTA GRACIELA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Inadmisibilidad del recurso. Sentencia definitiva: improcedencia.

.....

Expte. SACAyT n° 9674/13 - 8/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. Marcela Parks, Mirta Graciela Mendoza y Gerardo Cianciolo, con el patrocinio letrado del Dr. Horacio G. A. Corti, Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de la Sra. Defensora General Adjunta, Dra. Graciela E. Christie (en adelante, los actores) interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 160/181 vuelta) contra la sentencia dictada el 27/3/2014 mediante la cual el Tribunal admitió el recurso de queja e hizo lugar al de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), dejó sin efecto la sentencia de la Sala I de fecha 12/12/2011, y dispuso reenviar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por intermedio de otros jueces, se dictara un nuevo fallo (fs. 150/156).

Corrido el traslado pertinente, el GCBA solicitó su rechazo, con costas (fs. 185/193 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal articulado por los actores —pese a haber sido presentado en término— no puede prosperar.

2. La decisión del Tribunal que se objeta dispuso “1. *Admitir* la queja de fs. 61/76 y *hacer* lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas en el orden causado. 2. *Dejar* sin efecto la sentencia de la Sala I de fecha 12/12/2011 y *reenviar* las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por intermedio de jueces distintos a los que ya intervinieron en autos, se dicte un nuevo fallo, con arreglo a lo aquí expresado...” (fs. 156).

La sentencia de la Sala I, revocada por el pronunciamiento contra el que ahora se plantea la apelación federal, confirmó la decisión de primera instancia que homologó los acuerdos celebrados entre las partes, hizo lugar la acción de amparo iniciada por los actores y ordenó al GCBA a dar el alta en la planta transitoria del nivel Superior del I.S.F.A. a todos los docentes titulares e interinos que se desempeñaban en la Escuela Manuel Belgrano de primero a cuarto año. La decisión de este Tribunal Superior de Justicia tuvo en cuenta la falta de consideración por parte de la Sala I del agravio del GCBA referido a que una propuesta excepcional para arribar a una conciliación, efectuada en el marco de una medida cautelar, no podía dar sustento a la sentencia definitiva dictada en las presentes actuaciones.

En esas condiciones, la suerte del proceso no ha sido aún definida en la jurisdicción local con un pronunciamiento definitivo. La decisión cuestionada, entonces, no es la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 311:1601 y sus citas, entre otros).

3. Los actores intentan justificar la existencia de este requisito al sostener que “...si bien en la sentencia recurrida el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ordena a la Cámara de Apelaciones que dicte una nueva sentencia, al mismo tiempo, al no comprender de manera cabal los antecedentes y constancia de las causas (*sic*), fija una serie de pautas que condicionaran (*sic*) el dictado de ese pronunciamiento que (...) parten de una interpretación sesgada, irrazonable, insuficiente y, por ende, inconstitucional del alcance y contenido de las sentencias dictadas en las instancias anteriores y de los derechos que a través de esos dispositivos se reconocieron” (fs. 170 vuelta/171).

Sin embargo, ello no logra desvirtuar la conclusión antes apuntada, ni sortear el requisito de sentencia definitiva pues el fallo no resuelve sobre el tema de fondo, no limita los alcances del debate, ni genera agravios directos y actuales en la situación jurídica de los accionantes.

4. Por lo expuesto, corresponde denegar el recurso extraordinario federal de fs. 166/181 vuelta. Las costas se imponen en el orden causado, en atención a la naturaleza de los derechos debatidos y a que los letrados de la actora y de la demandada son funcionarios y agentes del Estado local (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

El recurso extraordinario debe ser denegado por los fundamentos expuestos en los puntos 1 a 3 inclusive del voto de la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz.

En cuanto a las costas entiendo que, si bien por regla, las actoras no se encuentran dispensadas de ellas, por aplicarse en esta etapa del proceso el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer excepción al principio objetivo de

la derrota e imponerlas en el orden causado en atención a la naturaleza de los derechos debatidos y a las particularidades de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal en una materia de empleo público local (conf. art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Marcela Parks, Mirta Graciela Mendoza y Gerardo Cianciolo, con costas por su orden.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 156, punto 3.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXXIX - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FUSARI, NERIS AMANDA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

Expte. SACAyT n° 9647/13 - 8/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 2/16 (del expediente caratulado “Fusari Neris Amanda y otros contra Instituto de Vivienda de la CABA y otros sobre otros procesos incidentales”, expte. n° 33591/1, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa) Neris Amanda Fusari y Florinda Margarita Quinteros, por derecho propio y en representación de sus hijos, hijas y nietos menores, iniciaron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires — Ministerio de Desarrollo Económico (en adelante, GCBA) y contra el Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, IVC), con el objeto de que:

- a) se ordene al IVC que cese su lesiva y arbitraria omisión de ejecutar el Programa de Radicación, Integración y Transformación de Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios en el Núcleo Habitacional Transitorio Zavaleta; y
- b) se ordene al GCBA que cese en su arbitraria y lesiva omisión de hacer efectivos los derechos fundamentales a un hábitat adecuado y a la vivienda digna, al agua, a la igualdad de trato y a la no discriminación, a la protección del interés superior del niño, a la dignidad, a la protección de la familia y a la unidad familiar; derechos garantizados por la Constitución Nacional, por instru-

mentos internacionales de igual jerarquía y por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Además solicitaron que se disponga con carácter cautelar y urgente:

- a) una medida para que el GCBA dé cumplimiento inmediato al derecho de acceso al agua potable mediante la instalación de un sistema alternativo de suministro en el Núcleo Habitacional Transitorio Zavaleta; y
- b) que el IVC y/o GCBA "...procedan a remover los escombros que actualmente rodean nuestros hogares y, finalmente, que cumpla el GCBA con la prestación efectiva del servicio de alumbrado público, buscando una alternativa provisoria hasta que se realice la instalación del sistema definitivo".

Por último, requirieron que se citara como terceros interesados a la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y al Ministerio Público Tutelar.

2. La jueza de primera instancia dictó sentencia y concedió la medida cautelar solicitada (fs. 293/294). Resolvió que el GCBA "...asegure de inmediato a las actoras la prestación razonable y adecuada de los servicios esenciales de provisión de agua potable, suministro de luz eléctrica, servicio de alumbrado público y la remoción de los escombros que se encuentran alrededor de sus hogares hasta tanto se resuelva en definitiva o bien hasta que se dé plena satisfacción a sus necesidades básicas mediante otro modo que igualmente [satisfaga] las mismas".

Sostuvo que "...del reconocimiento judicial efectuado el día 28/4/2009... en el lugar donde habitan las actoras, se pudo constatar el estado actual del predio y las condiciones de habitabilidad del mismo, circunstancias de hecho que hacen a la verosimilitud de la pretensión cautelar en grado suficiente en la convicción de quien suscribe, aún en este estado embrionario del proceso".

3. El GCBA interpuso recurso de apelación contra la medida cautelar (fs. 309/313). Expresó, sustancialmente, los siguientes agravios: no se acreditó la verosimilitud del derecho invocado, la medida cautelar implicaba "...un claro y notorio avasallamiento a una de las potestades con las que por antonomasia cuenta todo poder administrador de modo exclusivo, a saber: la atención del espacio público...", no se advertía el peligro en la demora y la medida cautelar carecía de adecuada fundamentación al no evaluarse "...el interés público que su aplicación a la realidad importaría...".

4. También el Ministerio Público Tutelar dedujo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fs. 317/319). Se agravio por cuanto la jueza había circunscripto la medida cautelar respecto de las actoras, omitiendo hacerla extensiva a todos los habitantes del Núcleo Habitacional Transitorio Zavaleta por quienes ese Ministerio Público Tutelar había tomado intervención, circunstancia que dio lugar a la interposición de un recurso de aclaratoria (ver fs. 321).

Manifestó que el rechazo de ese recurso de aclaratoria (fs. 322), donde se indicó que se hacía lugar a la medida cautelar oportunamente requerida por las actoras, causaba un gravamen irreparable a sus representados que habitaban en el citado Núcleo Habitacional, al haber tomado intervención en representación de los derechos de incidencia colectiva de la totalidad de las personas menores de edad que habitaban el predio.

5. A fs. 325/329 el Ministerio Público contestó el traslado conferido con relación a los agravios vertidos por el GCBA contra la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar. Indicó que de las constancias de actas obrantes en los autos principales surgía que el GCBA había ofrecido a las actoras viviendas a estrenar en excelente estado, con todos los servicios esenciales, ofrecimiento aceptado por ellas. Y reiteró que

los alcances de la medida cautelar debían extenderse a todos los habitantes del Núcleo Habitacional Transitorio Zavaleta.

6. Previo a dictar sentencia, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dispuso, como medida para mejor proveer, el libramiento de un oficio dirigido al IVC a fin de que informase acerca de las condiciones y ejecución del Programa de Radicación, Integración y Transformación de Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios, previsto en la ordenanza n° 44873/CJD/91, reglamentada por el dec. 531/MCBA/91 (fs. 369). A su vez, convocó a las partes a dos audiencias, con intervención del Ministerio Público Tutelar y Fiscal, la señora Ministra de Desarrollo Social y el señor Presidente del IVC (fs. 400).

A fs. 536/539 dictó sentencia. Desestimó los agravios del GCBA, admitió los del Ministerio Público Tutelar y dispuso extender el alcance de la medida cautelar a favor de todas las personas representadas por dicho Ministerio, alojadas en el Núcleo Habitacional Transitorio Zabaleta, acorde el carácter colectivo del proceso de conformidad con lo resuelto en la causa principal.

Señaló, en síntesis, que se encontraba acreditada la verosimilitud del derecho debido a que la protección constitucional de los derechos a la salud, a un ambiente sano, a una vivienda digna y un hábitat adecuado resultaba operativa; y que se hallaba configurado el peligro en la demora debido a la carencia de suministro de agua corriente, la inexistencia de alumbrado público, la gran cantidad de suciedad dispersa, alcantarillas con aguas estancadas, pastizales altos y escombros, la insuficiente ventilación de las viviendas y la situación de hacinamiento de sus moradores.

7. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 576/584), cuyo traslado fue contestado por los amparistas (fs. 589/594 vuelta).

8. El recurso de inconstitucionalidad fue denegado por la Sala I (fs. 596/597) debido a que el pronunciamiento impugnado no reunía la condición de definitivo ni equiparable a tal, y la recurrente no había logrado acreditar que la resolución atacada le causara un agravio irreparable. Tampoco hizo lugar a los planteos de gravedad institucional y de arbitrariedad de sentencia.

9. El GCBA dedujo recurso de hecho (fs. 26/31 vuelta del expediente de queja), cuya vista fue contestada por el Ministerio Público Tutelar (fs. 85/111 vuelta del expediente de queja).

10. El Sr. Fiscal General propició el rechazo del recurso directo (fs. 118/119 vuelta del expediente de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad al considerar que, por tratarse de una decisión cautelar, el pronunciamiento resistido no constituía una sentencia definitiva a los fines del remedio intentado, ni era equiparable a tal. A su vez, entendió que no se configuraba un supuesto de gravedad institucional ni de arbitrariedad de sentencia.

Si bien ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar*, en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145, resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad —v. mi voto en minoría *in re*: “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. n° 5872/08, resolución del 27/8/2008—; lo cierto es que la queja deducida no puede prosperar puesto que en ella no se ha vertido ningún argumento para refutar el auto denegatorio de fecha 18/3/2013. En otras palabras, en mi concepto, el escrito de fs. 26/32 del expediente de queja carece de una crítica concreta y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re*: “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 92 y ss.; “Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3965/05, sentencia del 9/11/2005, entre otros).

Más aún, de la lectura del recurso de queja se advierte que el GCBA alude a sentencias dictadas por este Tribunal donde los hechos y el derecho aplicable resultan totalmente ajenos a las cuestiones ventiladas en esta incidencia, sin explicar cuál sería la vinculación entre aquellas y esta. En efecto, los pronunciamientos citados (fs. 30 vuelta del expediente de queja) recayeron con motivo de acciones de amparo referidas a subsidios habitacionales e iniciadas por quienes habían sido beneficiarios de ellos. Por el contrario, en este caso no se discuten cuestiones vinculadas a subsidios habitacionales sino que se ha intentado poner en crisis la decisión de la Sala I, del 18/11/2011, que extendió la medida cautelar decretada y, en consecuencia, ordenó que las prestaciones impuestas por la señora magistrada de primer grado en el pronunciamiento apelado deberán ser cumplidas a favor de todas las personas representadas por el Ministerio Público Tutelar que se alojan en el NHT Zavaleta.

En esas condiciones, el recurso de hecho no satisface el recaudo exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativo a los fundamentos indispensables que deben contener las quejas incoadas por recursos denegados (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338), criterio que es también aplicable a la jurisdicción local.

Así las cosas, las deficiencias del recurso de queja resultan suficientes para sellar la suerte adversa del recurso intentado por el GCBA.

3. Por lo demás, tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA formula una catalogación genérica de distintos principios, derechos y garantías constitucionales (garantía del debido proceso, derecho de defensa en juicio y principio de división de poderes) que considera vulnerados, pero sin lograr vincular sus agravios de modo preciso y adecuado con la resolución que se pretende resistir en esta oportunidad.

4. Por último, toda vez que la solución que se adopta en el caso obedece a los defectos formales que presenta el recurso de hecho, ello no implica emitir opinión, en esta oportunidad procesal, sobre el acierto o error de la sentencia que extendió los alcances de la medida cautelar a partir de ampliar el objeto de la acción, inicialmente individual a colectivo —como consecuencia de la intervención del Asesor Tutelar en autos luego de que se le corriera vista de la demanda que con alcance particular iniciaron dos personas, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad, y de una manifestación verbal de las actrices en el marco de una audiencia llevada a cabo

en primera instancia—; como así tampoco sobre la configuración en el caso de derechos de incidencia colectiva.

Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar ya que no contiene una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario denegó el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. La Sala I no admitió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno. Los jueces explicaron que el pronunciamiento impugnado —que dispuso que las prestaciones impuestas mediante la medida cautelar ordenada en primera instancia debían ser cumplidas a favor de todas las personas representadas por el Ministerio Público Tutelar que residen en el Núcleo Habitacional Transitorio Zavaleta— no se trataba de una sentencia definitiva o equiparable.

Por lo demás, los magistrados destacaron que no se estaba frente a un supuesto de arbitrariedad de sentencia ni de gravedad institucional.

3. Como lo expliqué al votar en “Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal’”, expediente n° 4426/05, resolución del 21/6/06, entre otros antecedentes, “[e]s requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001)”.

Ahora bien: en su presentación de fs. 26/32 el quejoso no dedica una sola línea a intentar rebatir el primer fundamento desarrollado por los camaristas en el auto denegatorio, a saber, la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable. Esa omisión sella la suerte adversa del recurso directo en examen e impide avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones apuntadas, corresponde rechazar la queja deducida por la Ciudad. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Tal como lo sostiene el Dr. Casás, la presente queja no puede prosperar pues no contiene una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, sino que se limita a introducir afirmaciones genéricas y manifestaciones que no se condicen con la decisión impugnada y las constancias de la causa.

2. Además, y tal como pone de manifiesto el Fiscal General en su dictamen, existe otro obstáculo que impide la apertura de la presente vía recursiva, y es la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable.

Es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares —como la aquí cuestionada—, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza [*in re*: “Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucio-

nalidad denegado en ‘Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/ medida de no innovar—’, expte. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279, y de este Tribunal *in re*: “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en ‘Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001; entre muchos otros]. Ello es así, aún en los casos en que la cautelar haya sido dispuesta durante el trámite de una acción de amparo, como sucede en esta causa [al respecto, ver la interpretación del TSJ del art. 22 de la ley 2145 en “Perez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Perez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/008 y “Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 6015/08, sentencia del 1°/10/2008; entre muchos otros].

Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión como la objetada en autos, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso. Sin embargo, el recurrente no cumplió esta carga procesal, pues en su queja ni siquiera se refirió a este requisito de la impugnación constitucional.

A mayor abundamiento, cabe agregar que el GCBA, en su recurso de inconstitucionalidad, se limitó a invocar genéricamente la violación de sus derechos de defensa y propiedad, y a desarrollar argumentos inidóneos para demostrar la existencia de un gravamen irreparable que torne equiparable a definitiva a la sentencia de la Cámara. En esencia, sostuvo que la medida cautelar coincide con el objeto de la acción promovida, lo que importaría un adelanto de jurisdicción y afectaría la imparcialidad de los jueces intervinientes. Sin embargo, este planteo no tiene en cuenta la provisoriedad que presentan las decisiones cautelares, y el hecho de que —al dictarlas— los jueces valoran la verosimilitud y no la certeza del derecho invocado por los peticionantes, lo que permite desestimar la existencia de un prejuzgamiento que afecte el derecho a gozar de un tribunal imparcial.

3. Por último, quiero aclarar que la decisión que propicio no implica expedirme sobre la forma en que ha sido dirigido este proceso, ni acerca de la concurrencia o no de los presupuestos imprescindibles para la validez de una causa judicial, como ser la legitimación de las partes y la existencia de una controversia susceptible de ser ventilada ante los tribunales en atención al derecho afectado.

4. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja del GCBA.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

El juez Luis F. Lozano no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DLXXX - TEXTIL ARGENTINO SRL Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GCBA C/TEXTIL ARGENTINO SRL Y OTROS S/EJ. FISC. - ING. BRUTOS CONVENIO MULTILATERAL

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Inadmisibilidad del recurso. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

Expte. SACAyT n° 9843/13 - 8/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Textil Argentino S.R.L (en adelante, TA S.R.L.) y Ethel Teresa Lindver Goldberg, interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 66/76 vuelta) contra la sentencia de fecha 30/4/2014 (fs. 59/62) por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja que oportunamente dedujeran.

2. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contestó el traslado conferido y solicitó su rechazo con costas (fs. 83/98 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por TA S.R.L. y Ethel Teresa Lindver Goldberg debe ser denegado.

2. El pronunciamiento a cuya revisión aspiran los recurrentes rechazó su recurso de queja.

Respecto de TA S.R.L., con fundamento en la ausencia de agravio y de interés para recurrir toda vez que la decisión cuestionada en nada afectaba su posición procesal y derechos; y respecto de Ethel Teresa Lindver Goldberg, con sustento en que la presentación no había satisfecho la carga procesal de realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que pretendía sostener.

Tal circunstancia constituye un primer óbice a la concesión del remedio intentado, en virtud de la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 306:885; 308:1577; 311:100; 329:4775; entre muchos otros).

3. En adición a ello, la pieza recursiva de fs. 66/76 vuelta tampoco muestra una crítica orientada a rebatir los fundamentos expresados por el Tribunal para decidir del modo en que lo hizo, entre otros: que no había arrimado argumento alguno dirigido a poner en crisis la decisión de la Alzada en cuanto consideró que no se configuraba en el caso un supuesto de sentencia arbitraria o de excesivo rigor formal, sino que insiste con manifestaciones ya expuestas con anterioridad —que fueron desestimadas por este Tribunal—, y plantea cuestiones que carecen de articulación alguna con los términos de la decisión impugnada (vgr. fs. 72, fs. 73 vuelta, fs. 76).

En virtud de lo expuesto precedentemente, se advierte que la invocación de preceptos constitucionales (arts. 14, 17 y 18, C.N.) efectuada por los recurrentes, para jus-

tificar la existencia de cuestión federal en el caso, no cuenta con la necesaria relación directa e inmediata con lo decidido, conforme exige el art. 15 de la ley 48.

Es que cabe recordar aquí que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha establecido que esa relación directa solo existe cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos*, 187:624; 248:129, 828; 268:247). En otras palabras, la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos*, 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; entre muchos otros) pues, de otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, en tanto no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos*, 295:335; 310:2306).

4. En lo que respecta a la denuncia de arbitrariedad de sentencia, es de señalar que, por regla general, no corresponde al tribunal emisor del fallo objetado pronunciarse respecto de la invocada arbitrariedad de su decisorio; y, por su parte, a partir de los términos en que ha sido concebido el recurso en el *sub lite*, no se justifica aquí hacer excepción a la regla por no advertirse relación directa entre lo decidido y los principios, derechos y garantías constitucionales agitados en esta apelación extraordinaria.

Ello, desde ya, no impide recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

5. Tampoco la gravedad institucional que esgrimen los recurrentes habilita la apertura de la instancia extraordinaria que reclaman porque, conforme tiene dicho nuestro Tribunal cimero, la invocación de gravedad institucional no permite soslayar la inexistencia de cuestión federal (conf. doctrina de *Fallos*, 311:121; 326:183; 331:2799); requisito que, como quedó expresado precedentemente, no puede sostenerse que concurra en el caso.

6. Por lo demás, la presentación no reúne los extremos requeridos por los arts. 2º y 3º del reglamento aprobado por la Acordada nº 4/2007 de la CSJN.

En efecto, la recurrente omitió consignar en la carátula la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (art. 2º, inc. i) y la cita de las fojas en que se las introdujo y mantuvo en las distintas instancias (art. 3º inc. b); el escrito tampoco consigna —ni podía hacerlo por la condición de la cuestión decidida— “la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas” (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas (art. 3º, inc. e).

Finalmente, TA S.R.L. tampoco ha acreditado que el pronunciamiento impugnado le ocasione un gravamen personal, concreto y actual (art. 3º, inc. c).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por Textil Argentino S.R.L. y Ethel Teresa Lindver Goldberg. Las costas se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Textil Argentino S.R.L. y Ethel Teresa Lindver Goldberg, con costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 62, punto 2.

Los jueces Luis F. Lozano e Inés M. Weinberg no suscriben la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DLXXXI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FUSARI, NERIS AMANDA Y OTROS C/PRESIDENTE DEL IVC ROBERTO APELBAUM Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.395/14 - 8/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Con motivo de la medida autosatisfactiva requerida por la Asesora Tutelar Subrogante a cargo de la Asesoría Tutelar n° 1 contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), en resguardo del derecho a la salud, la vivienda digna y el hábitat adecuado de sus representados/as la jueza de primera instancia ordenó que aquel "...asegure de inmediato a la actora y a su grupo familiar la destapación de las cloacas de la tira 10 del Núcleo Habitacional Zavaleta y recolecte el agua servida que frecuentemente inunda las viviendas hasta tanto se dé plena satisfacción a sus necesidades mediante otro modo que resuelva el problema" (fs. 30/32).

2. El 29/7/2011 (conf. fs. 34 y cargo de fs. 34 vuelta), la Asesoría Tutelar solicitó que se intimara al GCBA a acreditar fehacientemente a través de la empresa encargada de la prestación del servicio de desobstrucciones hidrocínicos, el cumplimiento del compromiso de brindar en forma diaria dicho servicio, para la casa de sus representados/as, sita en la tira 10, casa 155 del citado núcleo habitacional.

3. La jueza de primera instancia intimó al GCBA para que, en el término de tres (3) días de notificada, acreditara fehacientemente a través de la empresa encargada de la prestación del servicio de desobstrucciones hidrocínicos, el cumplimiento del compromiso descripto en el punto anterior bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar sanciones conminatorias conforme lo dispuesto por el art. 30 del CCAyT, de aplicación supletoria por conducto del art. 28 de la ley 2.145, a efectivizarse en cabeza

del Ministro de Desarrollo Económico, Sr. Francisco Cabrera. La resolución se notificó el 3/8/2011 (conf. fs. 35/35 vuelta).

Ante el silencio de la accionada, el *a quo* ordenó intimar nuevamente al GCBA por el término de 48 horas a efectos de acreditar la realización de los trabajos y, ante la falta de respuesta, hizo efectivo el apercibimiento e impuso al Sr. Francisco Cabrera una multa de \$100 por cada día de retardo en el cumplimiento de la medida (de acuerdo al relato efectuado en la sentencia de Cámara obrante a fs. 3/4 vuelta).

4. Contra la decisión condenatoria, el GCBA interpuso recurso de apelación. Expresó que ella resultaba arbitraria debido a: a) la ausencia de incumplimiento y de una conducta recalitrante del Ministerio de Desarrollo Económico, pues surgía de la documentación acompañada que, con fecha 5/8/2011 se había presentado en el expediente copia fiel de las constancias del servicio diario de destapación de cámaras de la Casa 155, Tira 10 del NHT Zavaleta, iniciado a partir del día 26/7/2011, de modo que la intimación notificada el 3/8/2011, había sido oportunamente cumplida; y b) la irrazonabilidad y desproporción de la multa aplicada al Ministro de Desarrollo Económico (fs. 38/40).

5. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 3/4 vuelta). Sostuvo que: *a*) "...desde la intimación cursada a la accionada el día 29/7/2011 —para que cumpla con lo dispuesto en el plazo de 3 días, providencia notificada el 2/8/2011...— hasta la fecha de imposición de las astreintes —16 de septiembre de ese año...— ha transcurrido en exceso el plazo fijado por la sentenciante de primer grado al disponer la intimación", y *b*) si bien el GCBA había acreditado la prestación del servicio en cuestión en diversas oportunidades "...lo cierto es que los trabajos no fueron realizados con la frecuencia determinada al disponer la medida...".

Por último, declaró la inconstitucionalidad del destino de las astreintes previsto en el art. 30 del CCAyT, y dispuso que se les asigne el destino que dispusiera el Consejo de la Magistratura.

6. Contra esa decisión solo se alzó el GCBA mediante el recurso de inconstitucionalidad de fs. 5/13, cuestionando la confirmación de la imposición de astreintes. La denegatoria de aquel por la Sala I (fs. 15/18), motivó la deducción del recurso de queja ante el Tribunal (fs. 19/24 vuelta).

7. Al contestar la vista conferida (fs. 103), la Asesoría General Tutelar solicitó el rechazo del recurso directo y en su caso, la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad del GCBA (fs. 104/110).

8. En su dictamen, el Sr. Fiscal General opinó que el recurso de queja del GCBA debía ser rechazado (fs. 113/115 vuelta).

9. A fs. 117 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de queja:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja deducido por el GCBA, pese a reunir los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, no puede prosperar.

2. El escrito recursivo no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta, suficiente y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis – causa n° 665-CC/2000 s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, sentencia del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 92 y ss.; “Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal’”, expte. n° 3965/05, sentencia del 9/11/2005; entre muchos otros).

En este sentido, las consideraciones que llevaron al *a quo* a denegar el recurso de inconstitucionalidad incoado no han sido abordadas de manera concreta por la recurrente en su presentación directa, donde solo se limita a reiterar las argumentaciones expuestas en el recurso de inconstitucionalidad, insistiendo con que “...no ha existido una conducta recalitrante por parte de las autoridades del Ministerio de Desarrollo Económico del GCBA” (destacado en el texto original), y que “...esta parte ya ha acreditado la prestación del servicio en cuestión en distintas oportunidades, por lo que la manda judicial se encuentra cumplida” (fs. 22), pero sin rebatir fundadamente las razones por las cuales la Cámara decidió no concederlo: *a)* no haberse configurado un caso constitucional; *b)* no acreditarse la relación directa e inmediata entre el perjuicio que le ocasionaba la sentencia y los derechos constitucionales invocados, y *c)* exponer solo una mera discrepancia con la valoración efectuada por el tribunal *a quo* para resolver (fs. 15/18).

Asimismo, tal como puso de resalto el Sr. Fiscal General, el recurso de queja contiene también algunas consideraciones completamente ajenas al proceso.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, el recurso de queja debe ser rechazado.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados explicaron:

- i)* que el demandado se limitaba a discrepar con la interpretación efectuada de normas infraconstitucionales y con la valoración de cuestiones de hecho y prueba; y
- ii)* que el debate planteado por el recurrente se refería “(...) a la interpretación de reglas procesales (...), sin involucrar argumentos constitucionales” (fs. 17).

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia y rechazaron la alegación de gravedad institucional formulada por la Procuración.

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a realizar manifestaciones completamente ajenas a las presentes

actuaciones, sin hacerse cargo de los concretos fundamentos en virtud de los cuales los jueces de la Sala interviniente denegaron su acceso al Tribunal.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. N° 865, resolución del 09/4/2001).

La Ciudad, pues, no cumplió siquiera mínimamente con la referida carga.

En síntesis, las deficiencias de la presentación en examen sellan su suerte adversa e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones indicadas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como lo sostiene el Dr. Casás en su voto, la presente queja no puede prosperar pues no contiene una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, sino que se limita a reiterar las argumentaciones desarrolladas en el recurso extraordinario local y deslizar manifestaciones que no se condicen con la decisión impugnada y las constancias de la causa.

Además, y tal como pone de manifiesto el Fiscal General en su dictamen, existe otro obstáculo que impide la apertura de la presente vía recursiva, y es la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable. En un reciente precedente de este Tribunal [“Mauri, 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)”, expte. n° 10729/14, sentencia del 6/8/2014], he explicado que las astreintes se imponen con carácter provisional (conf. art. 30, párr. 3°, CCAT y 666 bis Cód. Civil), por lo que pueden ser disminuidas o dejadas sin efecto si el obligado demuestra haber cumplido el orden judicial. Al no constituir una condena sino una amenaza, las astreintes no pasan en autoridad de cosa juzgada y no se ven afectadas por el principio de preclusión procesal, lo que implica que los sujetos a quienes se impusieron condenaciones conminatorias pueden oponerse a su efectivización si invocan y acreditan el cumplimiento de la obligación, planteo que los jueces están obligados a analizar, lo que permite descartar la existencia en el caso de un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Por estos motivos, voto por rechazar la queja del GCBA.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

El juez Luis F. Lozano no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DLXXXII - INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS HUAMAN TTITO, VALERIO S/ART. 111, CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO⁷

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Cuestión constitucional. Resoluciones equiparables a definitiva. Declaración de inconstitucionalidad: improcedencia. Carácter restrictivo. Proceso contravencional. Principio de inocencia. Juicio previo. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Homologación judicial. Facultades del juez: alcances. Reglas de conducta. Extinción de la acción contravencional. Conducir en estado de ebriedad. Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires. Sistema de evaluación permanente de conductores. Scoring. Descuento de puntos. Sanciones administrativas. Poder de policía.

Expte. SAPCyF n° 10.876/14 - 8/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste dedujo el presente recurso de inconstitucionalidad (fs. 68/71) contra el pronunciamiento de la Sala I del día 3/12/2013 que revocó la decisión que había resuelto cumplir con la comunicación al Poder Ejecutivo a los fines previstos en el art. 45 del CC y que, a su vez, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo de la mencionada norma (fs. 60/62).

2. La Sra. Fiscal sostuvo que la resolución impugnada era equiparable a una sentencia definitiva y afirmó que la Cámara, al apartarse del criterio del Tribunal, había afectado la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley e incurrido en un exceso de jurisdicción. Además, aseveró que la sentencia era arbitraria por desconocer el texto positivo, carecer de fundamentación normativa adecuada y apartarse de la jurisprudencia de la CSJN y de este Tribunal en torno a la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad y su carácter de *ultima ratio* (fs. 68/71).

3. La Sala I declaró admisible el recurso interpuesto porque el caso resultaba similar al resuelto por este Tribunal en el expediente n° 8341/11 “Martínez Valea” (fs. 78/79).

4. El Sr. Fiscal General, al tomar intervención, solicitó que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad y se dejara sin efecto el pronunciamiento atacado (fs. 87/91).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13, resolución del 12/3/2014.

⁷ *Nota del editor:* Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 9760/13, como parte integrante del voto de los jueces José O. Casás y Ana María Conde, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2014/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 382.

En consecuencia, nos remitimos, en lo pertinente, a los argumentos expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2 — s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012, entre muchos otros), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

3. Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y revocar la resolución de Cámara.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo que habré de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad concedido y que dedujera, en tiempo y forma, el Ministerio Público Fiscal (fs. 68/71).

2. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, dispuso: “I. *Revocar* la decisión (...) en cuanto dispuso la comunicación al Poder Ejecutivo a los fines previstos en el art. 45 del CC. II. *Declarar la inconstitucionalidad* del último párrafo del art. 45 del CC de la CABA (incorporado por Ley N° 2641)—por mayoría—” (fs. 60/62).

Los camaristas entendieron que: 1) “la decisión que dispone suspender el proceso a prueba e impone al encartado el cumplimiento de ciertas reglas de conducta durante un plazo determinado, no se pronuncia en forma alguna acerca de la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado, por lo que no se verifica el presupuesto necesario para la imposición de una sanción [administrativa en este caso, según la Cámara] y 2) que “la comunicación a la autoridad administrativa de aplicación, ..., vulnera la garantía de juicio previo y el principio de inocencia consagrados constitucionalmente” (fs. 61)

3. La Fiscalía sostuvo que la resolución que emitiera la Cámara incurre en arbitrariedad—afectando derechos de índole constitucional— pues se aparta del texto positivo (conf. fs. 70 vuelta).

En apoyo de su postura, expresó que los camaristas “incurren en un error conceptual evidente al sostener que la comunicación al Poder Ejecutivo [que establece el último párrafo del art. 45 del CC] equivale a la aplicación de una pena sin culpabilidad de autor y sin control judicial” (fs. 70).

4. La cuestión que aquí se debate es análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Santambrogio, Roberto Oscar s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9253/12, sentencia del 08/5/2013.

Las razones que expusiera en dicha causa son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en el presente caso.

En el precedente aludido dije: “...la suspensión del proceso a prueba es un mecanismo, establecido en el Código Contravencional (art. 45), cuya aceptación (volun-

taria) solo asegura a quien cumpliera con las pautas asumidas, que evitará el juicio. En consecuencia, la hermenéutica propuesta por la Sala interviniente —en el sentido de que el descuento de puntos constituye (en el marco de autos) una pena sin infracción comprobada— pierde de vista que el (...) [imputado] aceptó, voluntariamente, la *pro-bation* cuya regulación legal prevé la posibilidad de que se notifique al Poder Ejecutivo en los términos del art. 45 del CC”.

5. Por lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera el Ministerio Público Fiscal (fs. 68/71), y *b)* revocar el pronunciamiento que dictara la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 60/62).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal (fs. 68/71).

2°. *Revocar* la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 60/62).

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 9760/13, como parte integrante del voto de los Sres. jueces José O. Casás y Ana María Conde.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

BONY, CAROLA S/INFR. ART(S) 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Expte. SAPCyF n° 9760/13 - 12/3/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Fiscalía de Cámara Sudeste en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala III del 20/12/2012 que confirmó la de primera instancia que, al tener por cumplidas las reglas de conducta impuestas a la imputada con la suspensión del proceso a prueba, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC por entender que

su aplicación vulneraba el debido proceso legal, el derecho de defensa en juicio y el principio acusatorio (fs. 57/59 y 79/82).

2. La Sra. Fiscal sostuvo que la resolución impugnada era equiparable a una sentencia definitiva de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal (citó el precedente “Huidobro”). Asimismo, la representante del Ministerio Público Fiscal afirmó que la Cámara había ignorado precedentes del Tribunal, afectando la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, lo que implicó —agrega— un exceso de jurisdicción. Además, aseveró que la sentencia era arbitraria por desconocer el texto

positivo, carecer de normativa adecuada y apartarse de la jurisprudencia del CSJN y este Tribunal en torno a la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad y su carácter de *ultima ratio* (fs. 85/88).

3. Los jueces de la Sala III declararon admisible el recurso de inconstitucionalidad por entender que lo decidido podría generar un agravio de raíz constitucional.

4. El Sr. Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, solicitó que se declarara la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas (fs. 108/110).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la representante del Ministerio Público Fiscal fue correctamente concedido.

Sucintamente, la Cámara confirmó, por mayoría, la declaración de inconstitucionalidad de la última parte del art. 45, CC, dispuesta de oficio en primera instancia, por considerar que la notificación al Poder Ejecutivo en casos de suspensión de juicio a prueba, para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte que resultarían aplicables en el caso de que recayera condena (art. 11.1.4, inc. d, ley 2148) resultaba contraria a los principios de inocencia y culpabilidad.

La invalidación del art. 45, CC, *in fine*, —que la recurrente denuncia ante este Tribunal— expone la existencia en el caso de una cuestión constitucional y no existe otra oportunidad para que este Tribunal ejerza al respecto las funciones que el art. 113.3, CCABA, le ha conferido (ver, *mutatis mutandi*, este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Del Tronco, Nicolás s/infr. art. 184 inc. 5 —C.P.—’” expte. n° 6784/09 y su acumulado, “Ministerio Público —Fis-

calía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Del Tronco, Nicolás s/infr. art. 184 inc. 5° —C.P.—’”, expte. n° 6785/09, resolución del 27/9/2010 y sus citas). En el caso, se ha puesto en debate la validez de la regulación legal mencionada por ser contraria a la Constitución local y a la Constitución Nacional, la decisión de la Cámara trató de manera expresa la cuestión y mantuvo la declaración de inconstitucionalidad de la regulación.

Finalmente, los cuestionamientos y el planteo de inconstitucionalidad vinculados con el art. 53, ley 12, efectuado por la defensa, en cuanto confiere al Ministerio Público Fiscal la potestad de interponer el recurso de inconstitucionalidad previsto por la ley 402, deben ser desestimados en razón de las consideraciones efectuadas en mi voto *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Mathews, Margarita Diana s/infr. art. 111 CC’”, expte. n° 7738/10, resolución del 11/10/2011).

2. Los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo penal, contravencional y de faltas confirmaron, por mayoría, la sentencia de primera instancia que dispuso “*declarar la inconstitucionalidad* del art. 45, último párrafo, de la ley 1.472 (Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) [...] en cuanto impone al juez la obligación de notificar al Poder Ejecutivo para que aplique sanciones administrativas a personas sometidas a suspensión de proceso a prueba” (sic, foja 59 vuelta).

Argumentaron para ello, sucintamente, que “estas consecuencias [las previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte] implican la imposición de sanciones de naturaleza administrativa a una persona a quien se le ha

suspendido el juicio a prueba, e incluso, como en el caso de autos, a quien dio cumplimiento a las pautas de conducta impuestas en dicha suspensión” y que “admitir la posibilidad de imponer una sanción a quien aún se presume inocente por no haberse llegado a determinar su culpabilidad en proceso judicial previo, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (...) riñe con la presunción de inocencia, principio básico que enmarca el derecho penal liberal y engloba todo el resto de los principios, derechos y garantías que emanan de los arts. 13 de la CCABA y 18 de la C.N. en función del art. 10 de la CCABA” (fs. 80/ vuelta). Afirmaron, en ese sentido, que la quita de puntos importa “la afectación de derechos y, en consecuencia, representa una pena. Su imposición a la Sra. Bony, sobreseída en los presentes actuados, entraña, cuanto menos, la afectación del principio constitucional de culpabilidad” (foja 82).

Además, señalaron que no era aplicable el precedente del Tribunal “Martínez Valea” de este Tribunal (expte. n° 8341/11, resuelto el 24/8/1912) puesto que, en este caso, “no se incluyó como pauta de conducta al momento de otorgarse la suspensión del proceso a prueba, la comunicación al Poder Ejecutivo en trato”; y que “cuando se acordó a Carola Bony la suspensión del presente proceso a prueba, no le fue informada dicha consecuencia, por lo que no consintió ni aceptó la quita de puntos de su licencia de conducir” (fs. 80 vuelta y 82, respectivamente).

3. En primer lugar, debo señalar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional al que debe arribarse únicamente como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico cuando la repugnancia de la norma o acto cuestionado, respecto de la cláusula constitucional comprometida, resultare indudable y la incompatibilidad inconciliable (*Fallos*, 249:51; 264:364; 315:923; 319:3148; 322:842, entre muchos otros).

En ese contexto, adelanto que la resolución cuestionada por la representante

del Ministerio Público Fiscal debe ser revocada en tanto no exhibe fundamentación suficiente para dar por cumplidos los requisitos reseñados precedentemente. Al respecto, cabe señalar que el modo en el que la recurrente expresa sus agravios no constituye un límite, para este Tribunal, al momento de establecer la interpretación y alcance que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego.

4. La garantía del juicio previo exige, ciertamente, el dictado de una sentencia de condena que declare la culpabilidad del sindicado como autor de un delito y determine la pena para su aplicación, luego de un procedimiento acorde a las regulaciones constitucionales. De allí que se exija el trato de inocente del imputado durante aquel procedimiento.

También puede afirmarse, como lo hacen los jueces de la Cámara, que la suspensión del proceso a prueba no implica que el/a imputado/a esté admitiendo su responsabilidad por el hecho que se le endilga.

Ahora bien, tal como lo expresé en mi voto en la causa mencionada en el punto precedente (“Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gustavo s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC’”, expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012), entiendo que resulta cuestionable el escaso fundamento expuesto en la sentencia para afirmar lo que constituye el punto de partida del razonamiento que les permitió a los magistrados concluir en la invalidez de la norma que descalificaron por inconstitucional. Esto es, el carácter de *pena* que le han asignado a la notificación al Poder Ejecutivo, “para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena” (art. 45,

CC, *in fine*), cuyas posibles consecuencias han señalado.

La escueta argumentación de la Sala para descalificar por inválida la regla legal resulta insuficiente a la luz de las consecuencias de la decisión adoptada —que fulmina la regulación del legislador— y de la doctrina que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la excepcionalidad de tal tipo de declaraciones, sobre todo cuando se trata de una norma sancionada por el órgano legislativo. Al respecto, la mera afirmación de que para la eventual aplicación de las consecuencias administrativas dispuestas en el Código de Tránsito y Transporte son exigibles todos los resguardos constitucionalmente previstos para la aplicación de un castigo penal resulta completamente insuficiente para dar sustento a una decisión de la entidad de la que cuestiona ante este Tribunal la representante del Ministerio Público Fiscal.

La ley 2641 incorporó al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires —aprobado por ley 2148— el Sistema de Evaluación Permanente de Conductores (Capítulo 11.1 de “Disposiciones generales”). Dicha regulación determina, entre otras cosas y en lo que aquí importa, las condiciones en las que podrá ejercerse un derecho especial, en función de una actividad particularmente riesgosa como es la conducción de vehículos en la vía pública. Así, a quien pretende el ejercicio de ese derecho especial de acuerdo a la regulación local, se le asigna un puntaje inicial de 20 puntos, “el que irá restando en función de las infracciones comprobadas a las normas contenidas” en ese Código (art.11.1.1, ley 2148).

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, el conductor que posee licencia de conducir otorgada por el Gobierno de esta ciudad conoce los requisitos para obtener y mantener la licencia y las posibles consecuencias del incumplimiento reiterado de los distintos regímenes normativos vinculados con el ejercicio de ese especial

derecho (régimen de faltas, ley 451; Código Contravencional, ley 1472), esto, en lo que hace a la quita de puntos establecida en los incisos del punto 11.1.4 de ese Código. En ese sentido, se establece la inhabilitación para conducir por el término de sesenta días o (a opción del conductor) la realización y aprobación del curso establecido en el art. 27 bis del Régimen de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para el caso del conductor que alcance los cero puntos por primera vez; la inhabilitación para conducir por ciento ochenta días y la realización y aprobación del curso ya referido, para el caso del conductor que por segunda vez alcance los cero puntos; la inhabilitación para conducir por dos años y realización y aprobación del curso para el conductor que por tercera vez alcance los cero puntos; la inhabilitación por cinco años y el mismo curso cuando el conductor alcance los cero puntos a partir de la cuarta vez y en adelante —art. 11.1.7 “aplicación del sistema de Evaluación permanente de conductores”—. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo a esta regulación legal, cada descuento parcial de puntos queda sin efecto a los dos años de efectuado si el conductor no alcanzara los cero puntos y que se prevé la revisión por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas, la que tendrá efecto suspensivo (art.11.1.3 del Código de Transporte).

Si bien se puede afirmar la posible restricción a la libertad ambulatoria impuesta de manera intencional por la administración a quien ha violado ciertas reglas —una consecuencia disvaliosa para el titular del registro que tras ser privado de puntos, al llegar a “cero” es pasible de alguna de las consecuencias mencionadas—, considero que no se trata de un supuesto de retribución por la comisión de la falta o contravención cometida (retribución que ya habrá sido dispuesta de acuerdo a las vías legalmente establecidas —ley 1217; ley 12—) sino de una eventual consecuencia, de orden administrativo, vinculada con las reglas preestablecidas para el manteni-

miento de la habilitación para el ejercicio del derecho especial en cuestión, relacionada con la idoneidad para la conducción de vehículos.

Trasladado el análisis al ámbito de la suspensión del proceso a prueba contravencional que nos ocupa, debo recordar lo señalado por este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jimenez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/10, en cuanto a que el legislador local ha regulado la posibilidad de que el imputado, asistido por su defensor, y el representante del Ministerio Público Fiscal acuerden suspender el proceso a través de un compromiso cuyo cumplimiento, en determinadas condiciones lleva a la extinción de la acción nacida del hecho imputado. El Juez resuelve sobre ese acuerdo, teniendo la facultad de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza. En ese contexto es que el magistrado deberá analizar la voluntad expresada por el imputado de evitar el juicio que la constitución le garantiza, a través del sometimiento al cumplimiento de ciertas *reglas de conducta*. Ello, en tanto su intervención importa pronunciarse acerca de la legitimidad de los compromisos que pactan fiscal e imputado, y que importan restricciones a la libertad del segundo. La emisión de esa resolución —de naturaleza judicial, y cuyo contenido es, por lo dicho, el de una homologación— constituye el modo en que las cargas y los derechos que de ella se proyectan tengan el alcance que la ley les otorga. En casos como el de autos, en los que se ha imputado la comisión de las contravenciones aludidas en la última parte

del art. 45, CC, el sujeto se someterá *también voluntariamente* a la comunicación al Poder Ejecutivo a fin de que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena para evitar el juicio al que eligió no someterse. Se trata, reitero, de un voluntario sometimiento a un régimen jurídico y a las consecuencias que del mismo se derivan y de las que debe ser puesto en conocimiento.

5. Desde esa perspectiva, la resolución del *a quo* configura un acto de pura autoridad pues prescinde de la aplicación del derecho vigente sobre la base de una fundamentación lábil e inconsistente para sustentar la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en juego.

Es que, en el caso, no se cercena un derecho personalísimo de alcance general de todos los habitantes sino que, por el contrario, se priva excepcional y temporalmente de una licencia para conducir vehículos —que por lo demás no es el único medio para trasladarse en recorridos de media y larga distancia— en razón de la falta de idoneidad para manejar, en términos equivalentes a las exigencias para su concesión que requiere la aprobación de una prueba práctica con el rodado y médica del aspirante, lo que aquí se extiende a mantener determinados requisitos para la vigencia de la habilitación, que importan, en este caso, escrutar que se conserva la apuntada idoneidad.

6. Por último, cabe señalar que las circunstancias tenidas en cuenta por este Tribunal para resolver el caso “Martinez Valea” citado más arriba no difieren de las presentes. Este Tribunal no ha afirmado, como parece entenderlo la Alzada, que la previsión del último párrafo del art. 45, CC, constituya una “pauta de conducta”, cuya aplicación pueda —por tanto— ser o no convenida por las partes. Se trata, por el contrario, de una previsión legal no sometida a acuerdo alguno y destinada a que la suspensión del proceso a prueba no impi-

da la posibilidad de aplicación del Sistema de evaluación permanente de conductores.

En el caso, no ha sido cuestionado que la imputada requirió, junto con su letrado defensor, la aplicación del instituto previsto en el art. 45, CC (que, como se explicó, incluye concretamente la posibilidad de “quita de puntos” en cuestión), sin que se invocara la inconstitucionalidad de ninguna de las consecuencias legalmente previstas en la norma citada. A raíz de dicha solicitud, pese a la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal y en confrontación con la reiterada jurisprudencia de este Tribunal al respecto (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jimenez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes — CC—”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), la jueza suspendió el proceso a prueba, sometiendo a la imputada a las disposiciones del art. 45, CC. En síntesis, la suspensión del proceso a prueba se debió a un pedido expreso y unilateral de la imputada, que además estuvo asistida por la defensa pública (fs. 26), de todo lo cual puede presumirse, fundadamente, que estuvo asesorada en forma debida sobre los alcances del instituto.

7. Corresponde, en consecuencia, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de Cámara en cuanto confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 45, CC, *in fine*, dictada por la jueza de primera instancia, que también se deja sin efecto.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el juez de trámite en que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, y dejar sin efecto la sentencia de Cámara que confirmó la decisión del juez de grado que había declarado la inconstitucionalidad de la comunicación

al Poder Ejecutivo que prevé el art. 45 *in fine* del CC.

2. Por las razones que di en “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado: en ‘Mathews, Margarita Diana s/infr. art. 111 CC’”, expte. n° 7738/10, sentencia del 11/10/2011, a las que me remito, corresponde rechazar los planteos de la defensa dirigidos a controvertir la constitucionalidad de la ley 3.382, en cuanto le acordó legitimación al Ministerio Público Fiscal para interponer el recurso de inconstitucionalidad en los procesos contravenciones.

3. La Fiscal sostiene que la Cámara yerra al sostener que la “notificación” prevista en el mencionado art. 45: *i)* equivale a la aplicación de una pena a quien no ha sido declarado culpable en un proceso judicial, y *ii)* es equiparable a las “reglas de conducta” a las que se compromete cumplir quien accede a una probation.

4. Si bien la sentencia contra la que se dirige el recurso de inconstitucionalidad no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, ella debe ser equiparada a una de esa especie. Esa equiparación encuentra apoyo en que la parte recurrente ha planteado una cuestión constitucional, la desaplicación de un precepto legal (el art. 45 del CC), acerca de la cual no va a existir otra oportunidad para que este Tribunal se pronuncie y, por ende, se vería impedido de ejercer la competencia que le acuerda el art. 113, inc. 3, de la CCA-BA —conf. la doctrina de mi voto *in re* “Galbiati, Marcelo Fabio s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 9482/13, sentencia de este Tribunal del 23 de diciembre 2013, entre muchos otros.

5. Sentado ello, asiste razón al MPF en cuanto dice que la Cámara yerra en sostener que la quita de puntos no puede ser

aplicada porque no formó parte del acuerdo de probation y, por lo tanto, no fue consentida ni aceptada por la imputada.

5.1. Esa comunicación no constituye una “regla de conducta”. Las “reglas de conducta” (vrg. fijar residencia y comunicar a la Fiscalía el cambio de esta, realizar tareas comunitarias, abstenerse de concurrir a determinados lugares) son cargas que asume el imputado, que conllevan la restricción de ciertos derechos, y su cumplimiento, en determinadas condiciones y siempre que hubiera sido homologado el acuerdo por el juez, hacen nacer a su favor el derecho a que se extinga la acción (conf. mi voto in re “Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81 CC oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6033/08, sentencia del este Tribunal del 3 de diciembre de 2008).

En cambio, la carga de comunicar al PE que prevé el último párrafo del art. 45, para los “...casos previstos en los arts. 111, 112, 113 y 114 del Título IV, Capítulo III de este Código...”, pesa, exclusivamente, sobre el juez; es decir, no importa una restricción de los derechos del imputado. En ese orden de ideas, y como se verá en lo que sigue (en el punto 7 de este voto), la ley le reserva al imputado la posibilidad de controvertir la decisión administrativa que tiene lugar luego de la comunicación para cuando se hubiera quedado sin el último punto que le permite conservar la licencia de conducir, es decir, para cuando tenga un perjuicio concreto.

Finalmente, vale señalar que, en oposición a lo dicho por los jueces de Cámara, el art. 45 no prevé que el imputado sea anoticiado de que una de las consecuencias de acordar una probation es, en los supuestos ya mencionados, que el juez “notifique” su realización a la Administración para que esta proceda a aplicar el scoring.

6. En la causa “Ministerio Público—Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contraven-

cional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Huidobro, Cristian Roberto s/inf. Art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—’”, expte. n° 7387/10, sentencia de fecha 22 de junio de 2011, sostuve lo siguiente con relación al art. 45 de la ley 1.472 en cuanto establece que [l]a suspensión del proceso a prueba no obstará a que en los casos previstos en los arts. 111, 112, 113 y 114 del Título IV, Capítulo III de este Código el Juez Contravencional notifique al Poder Ejecutivo para que se adopten las medidas, administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso de que recayera condena”:

“...el art. 11.1.3 del Código de Tránsito establece:

11.1.3 Descuento de puntos”.

A los conductores se les descuentan puntos de acuerdo a la escala establecida en el art. 11.1.4 del presente Código al momento de recaer sobre ellos decisión definitiva en sede administrativa por infracciones a las normas de tránsito.

El Controlador Administrativo debe incluir en la resolución los puntos a descontar. Cuando la decisión definitiva en sede administrativa implique la pérdida total de puntos, el conductor puede solicitar la revisión ante la Justicia Contravencional y de Faltas, la que tendrá efecto suspensivo.

En los casos de contravenciones cuyas conductas son previstas para la pérdida de puntos, que hayan sido remitidas a la Justicia Contravencional y de Faltas las sentencias serán comunicadas a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, a los efectos de que se proceda al correspondiente descuento de puntos, según lo establecido en el art. 11.1.4 del presente Código.

En caso de que la sentencia de calificación de conducta sea apelada por el contraventor, una vez firme en sede judicial, deberá notificarse a la Unidad Admi-

nistrativa de Control de Faltas interviniente la sentencia final recaída, a fin de adecuar los actos administrativos a lo que en definitiva se resuelva.

De la normativa reseñada surge, sin lugar a dudas, que el legislador buscó salvaguardar el derecho a obtener la revisión judicial de las medidas que implican la pérdida de los puntos que posibilitan el mantenimiento de la licencia. Ciertamente, limita la oportunidad a aquella en que los puntos quedan agotados. Sin embargo, nada dice acerca del alcance con que la revisión judicial opera; esto es, no establece que solamente la última decisión administrativa puede ser revisada. Más aún, en tanto las pérdidas de puntos pueden provenir de decisiones administrativas distintas y toda vez que no hay razones para creer que circunscribió la posibilidad de revisarlas a la última, cabe concluir que, en ocasión de ser emitida la que finalmente conlleva la pérdida del derecho a conducir, pueden ser revisadas las asunciones de hecho y de derecho sobre cuya base fueron emitidas todas ellas, incluso en aquellos casos en que la decisión administrativa también haya dado lugar a una sanción de multa no cuestionada judicialmente. Igual mecanismo cabe en el supuesto del pago voluntario cuando es acompañado de pérdida de puntos. En cambio, cuando los puntos quedan retirados con apoyo en una decisión judicial, en lo que aquella ha pasado en calidad de cosa juzgada no admite revisión. Esto no es más que aplicar las reglas de la cosa juzgada, por un lado, remitir el control judicial de las decisiones administrativas a la oportunidad en que provocan un perjuicio concreto, por otro lado, y, finalmente, dar al pago voluntario el mismo efecto que tenía hasta la introducción del Sistema de Evaluación Permanente de Conductores, generalmente denominado “scoring”.

Es decir que en los casos en que se disponga la pérdida de puntos en virtud de una decisión dictada en sede administrativa a propósito de una conducta que no constituya una contravención, incluso

cuando el presunto infractor haya realizado un pago voluntario (art. 17, ley 451), la revisión de esas quitas quedará supeditada a que ella sea una de las acumuladas para dejar al conductor con cero puntos. Por su parte, si la conducta constituye también una contravención, como principio, habrá que estar a lo dispuesto en el tercer párrafo y la posibilidad de que opere la quita de puntos por esa conducta estará supeditada a la decisión judicial a la que se arribe en el proceso contravencional.

Cuando al regular el instituto de la suspensión de proceso a prueba el art. 45 del CC prevé, en lo que ahora importa, que la autoridad administrativa dispone la quita de puntos que correspondería en caso de que recayera condena, no hace otra cosa que limitar las posibilidades de dicha suspensión con un criterio acorde al anterior. Si quedan reunidos los requisitos que permiten suspender el proceso a condición de que quien se defiende en él asuma ciertas cargas, el legislador ha querido dejar a salvo el scoring. La manera en que lo ha hecho, interpretado el texto de un modo armónico con el ya avanzado a propósito del párr. 3º del art. 11.1.3 y de la modalidad de pago voluntario de las multas, es evitar que los puntos puedan quedar donados por la vía de la suspensión, sin que por ello quepa entender que quedan automáticamente impuestos. Simplemente, a la hora en que el perjuicio se torne concreto, esto es, cuando se pierda el último punto, quedará abierta la posibilidad de requerir el examen judicial de la cuestión que, por hipótesis, no habrá quedado cerrada por una decisión de naturaleza jurisdiccional.

Ello lleva a que en caso de que la suspensión de juicio a prueba sea revocada, deba estarse a los resultados de la decisión judicial. Así, en caso de que se absuelva al imputado la quita de puntos dispuesta con sustento en la hipotética realización de esa conducta, no podrá ser utilizada para dejar con puntaje cero al conductor. En caso de que ello ocurra, esa sentencia podrá ser aprovechada por el administrado para ata-

car el acto del Controlador de Faltas que disponga la quita total de puntos. A su vez, si es revocada la suspensión y se arriba a una sentencia de condena, la quita de puntos dispuesta al momento de la suspensión de juicio a prueba no podrá ser objeto de una revisión judicial posterior (en caso de que se llegue a una quita total y sin perjuicio de que sí sean revisadas las quitas que no encontraron apoyo en decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada). Por último, si el proceso judicial finaliza en virtud de que el imputado ha dado acabado cumplimiento a las pautas establecidas en la suspensión, este preservará la posibilidad de requerir el control judicial en los términos del tercer párrafo del art. 11.1.3, o sea, en caso de que el puntaje del conductor llegue a cero.

6. Con el alcance dado a las normas citadas quedan salvados los serios reparos que levantó el *a quo* contra el art. 45, CC, sin que pueda decirse que la solución proviene del arbitrio judicial. Asimismo, se salva la voluntad legislativa.

Esta solución torna abstracto el agravio de la recurrente, ya que no existe pronunciamiento judicial que declare la inconstitucionalidad de la norma.

Al hipotético reparo consistente en suponer que resolver conforme se lo requería el asunto relativo a la declaración sua sponte de la inconstitucionalidad habría tornado innecesario interpretar la ley cabe responder que, si ese hubiera sido el criterio —cosa que, ante la prescripción del art. 14 de la CCABA y tratándose de una norma local, no puede darse por supuesto— la sentencia habría sido revocada, pero, de ello no se habría derivado el mantenimiento de la interpretación a tenor de la cual la invalidez fue declarada. Contrariamente, habría sido necesario revisar dicha interpretación, que es lo que aquí propongo, con el resultado de eliminar la otra cuestión.

7. En cuanto al momento en que debe realizarse la notificación prevista en el art. 45, tanto la letra de la norma como

el sistema de scoring establecido brindan argumentos que dan apoyo para concluir que esa notificación debe ser realizada en el momento en que es concedida la suspensión de juicio a prueba. El artículo en cuestión dispone que la notificación se realiza para "...que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena" (el destacado me pertenece). Las partes resaltadas denotan que la norma prevé que en los casos de suspensión de juicio a prueba se debe realizar la quita de puntos que corresponda, asumiendo, en forma preliminar, que existe responsabilidad del imputado. Resulta razonable que el legislador presuponga que las condiciones allí estipuladas serán debidamente cumplidas y que disponga, en esa instancia, la quita de puntos, pues en ese caso no habrá una decisión judicial sobre la cuestión y la quita de puntos tendrá como base, al igual que en los supuestos de conductas que configuran faltas y no contravenciones, solamente una decisión administrativa. Esa aplicación inmediata, además, es coherente con el Sistema de Evaluación Permanente de Conductores, ya que poseer una valoración sin dilaciones, al acercar la sanción a la conducta sancionada, brinda mayor efectividad al sistema que pretende corregir a los conductores que no se apegan a las normas de tránsito.

Por lo demás, la diferencia con el supuesto contemplado en los párrafos tercero y cuarto del art. 11.1.3 (procesos que llegan a sentencia) se justifica porque en esos casos la cuestión se encuentra a la espera de una decisión judicial. Ello brinda razones para que la norma prevea que cuando la decisión sobre la calificación de la conducta queda firme sea comunicada a la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Nada impedía al legislador optar por una solución similar para los casos en que una suspensión de juicio a prueba fuera revocada y el proceso concluyera con una absolución, y requerir allí la notifica-

ción a la Administración para que adecue la puntuación del imputado. Empero, no es función de los jueces establecer si la solución adoptada por el legislador es la mejor posible, y no se ha mostrado que la opción legislativa contravenga normas de rango constitucional, toda vez que, como se explicó, en todos los supuestos el administrado tiene garantizado su derecho de acceder a la justicia y solicitar una revisión plena, en los casos en que esa quita de puntos se traduzca en una afectación real sobre su esfera de derechos, en el caso, la posibilidad de conducir un automóvil.

No se me escapa que existe la posibilidad, aunque remota, de que se realice una suspensión de proceso a prueba y que ello tenga como consecuencia la quita de los últimos puntos de un conductor. Allí deberá respetarse la posibilidad de requerir la revisión de todas las quitas que solo tengan apoyo en una decisión administrativa, incluida la última surgida de la suspensión del proceso a prueba. Por otro lado, deberá custodiarse la competencia del juez que atiende en la causa suspendida a prueba, remitiendo a él el control del acto que dispuso la quita final de puntos. En caso de que esa revisión sea solicitada y la sentencia que se dicte sea incompatible con una de condena, quedará en manos del imputado la posibilidad de disparar la revocación del beneficio de la suspensión para que se dicte una sentencia en ese proceso”.

Resumidamente lo dicho, para lo que aquí importa, es:

- a) conforme lo tiene dicho reiteradamente la CSJN, “...la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico” (*Fallos*, 311:394; 312:122 y 322:842, entre muchos otros). De ahí que de existir varias interpretaciones posibles, el juez deba adoptar aquella que preserve la validez de la ley (conf.

la doctrina de *Fallos*, 329:5826, entre muchas otras)

- b) en el supuesto que nos ocupa existe una interpretación que no solo preserva la validez del artículo reseñado al comienzo de este voto, sino que lo pone en armonía con las previsiones del Código de Tránsito transcritas en “Huidobro” (conf. el 11.1.3 del Código de Tránsito);
- c) esa interpretación consiste en sostener que frente a la suspensión del proceso a prueba el juez tiene la obligación de realizar la comunicación al PE que indica el art. 45 del CC para que le quiten a quien se le imputó la comisión de la conducta contravencional que dio inicio a las actuaciones los puntos que hubiera correspondido de haber recaído una condena.

Sin perjuicio de ello, no queda consentida la infracción ni el scoring con esa suspensión sino que todos aquellos puntos que no hubieran sido eliminados como consecuencia de una decisión de carácter jurisdiccional (vrg. el supuesto que nos ocupa o el de pago voluntario) pueden ser discutidos (conf. el párr. 2° del art. 11.1.3 del Código de Tránsito) cuando se configure el perjuicio concreto, es decir, cuando se hubiere perdido el último punto que permite mantener la licencia de conducir, esto es, cuando sobreviene la sanción.

En suma, quien accede a la probation no consiente la quita de puntos producto de la comunicación que manda el art. 45 sino que la posterga. El art. 11.1.3 del Código de Tránsito le permite discutir esa y todas las quitas de puntos productos de decisiones administrativas, cuando se le hu-

biera eliminado el último punto que le permite mantener la licencia de conducir. Recordemos que en el supuesto que nos ocupa el juez lo único que hace es comunicar a la Administración que se arribó a una suspensión del proceso a prueba. No resuelve que se quiten los puntos. Por lo demás, no se puede sostener que existe una sanción hasta que no se hubiera restado el último punto, es decir, hasta que se configura el perjuicio;

- d) finalmente, la notificación prevista en el art. 45 del CC corresponde que sea realizada en el momento en que es concedida la suspensión del proceso a prueba.

Por las razones expuestas, corresponde: i) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Ministerio Público Fiscal; ii) revocar sentencia de la Cámara de fs. 79/82 vuelta; y iii) ordenar realizar la notificación prevista en el art. 45 *in fine* del CC.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Adhiero, en lo sustancial, a los desarrollos contenidos en el voto de mi colega, José O. Casás.

El Ministerio Público Fiscal logra plantear una cuestión constitucional y la manera en que fue resuelta la discusión suscitada justifica ampliamente que el Tribunal ejerza, al respecto, las funciones que le confiere el art. 113.3 de la CCABA.

En concreto, tal como lo recordaron los integrantes de la Cámara —al conceder el recurso de inconstitucionalidad—, el Tribunal ya se ha expedido en el caso “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, —CC—” (expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012), a

cuyos argumentos corresponde remitir, en lo pertinente, sin perjuicio de que vale la pena recordar aquí algunas de las cuestiones allí expuestas.

En aquella oportunidad, consideré que los jueces de la Cámara que formaron mayoría para declarar la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC, no expusieron una argumentación sólida y consistente que permita concluir que la notificación al Poder Ejecutivo de la suspensión del proceso a prueba importe *per se* la lesión a la garantía del juicio previo y al principio de inocencia, ni que implique la aplicación de una sanción a una persona inocente, respecto de un hecho cuya materialidad no hubiera sido acreditada o cuya responsabilidad no le hubiera sido atribuida.

Algo similar sucede en estas actuaciones, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad resuelta persigue conjurar un supuesto perjuicio de manera preventiva y abstracta sobre la base de una argumentación endeble. En efecto, la mera lectura del precepto invalidado alcanza para concluir que la función del Poder Judicial se agota en su deber de *notificar* la sentencia o la resolución que declare la extinción de la acción, pero que no es su función adoptar *medida administrativa* alguna respecto al puntaje del conductor. Por lo tanto, la notificación judicial en principio no resulta *apta per se* para surtir efecto lesivo alguno, sino que será, eventualmente, el comportamiento de la Administración que reciba esa comunicación judicial el que podría conllevar —o no— la adopción de alguna *medida administrativa* concreta respecto al descuento de puntos de quienes prefieran resolver sus procesos a través de una suspensión del proceso a prueba.

No obstante, aquella potencial disminución en el puntaje pertinente no puede ser corregida de manera oblicua y anticipada por el Poder Judicial, en tanto a este solo le incumbe notificar lo resuelto en sede judicial, o, por caso, efectuar la hipotética “*revisión*” judicial (art. 11.1.3,

Anexo I de la ley 2148) de lo resuelto en sede administrativa si en todo caso se llegase a “la pérdida total de puntos”; “revisión” que, además, una vez impulsada por el conductor interesado “tendrá efecto suspensivo”.

Lo dicho basta para advertir que la declaración de inconstitucionalidad resuelta por los jueces intervinientes ha importado un exceso jurisdiccional que desorbitó la función judicial y ha puesto en crisis el principio de división de poderes y la asignación de roles prevista para estos supuestos, en tanto se ha obturado cualquier actuación del GCBA, para que —con acierto o con error— pueda ejercer su poder de policía en cuanto al contralor del tránsito y transporte y respecto a las condiciones de vigencia a las que se encuentran sujetas las licencias de conducir que expide.

Simultáneamente, las personas que deciden libremente someterse a una suspensión del proceso a prueba conocen y aceptan previamente —sin que sea necesario ningún recordatorio de aquello que se presume conocido y surge de la propia regulación—, que, en el supuesto de que acuerden con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso respecto de cualquiera de las contravenciones de tránsito contempladas en el citado art. 45, *in fine*, en la oportunidad en que corresponda se procederá a comunicar a la UACF el cumplimiento de lo acordado. Ello así, toda vez que el eventual descuento de puntos en el registro pertinente se encuentra establecido, en los casos de suspensiones del proceso a prueba —cumplidas—, como una consecuencia administrativa y accesoria por el Código de Tránsito y Transporte local.

En este orden de ideas, no hay motivos suficientes para concluir que el régimen de la suspensión del proceso a prueba ideado por el legislador de la CABA —en el cual el presunto contraventor acepta un conjunto de cargas o reglas de conducta, consecuencias sobre las condiciones de vigencia de su licencia de conducir y be-

neficios— se integre con “sanciones” de alguna clase (art. 21 y ss. del CC) y, además, cobra relevancia aquí que se trata de un régimen alternativo que requiere un acto de voluntad de quien elija someterse a él, a través de su expresa pretensión de acatarlo; acatamiento inequívoco que, a su vez, determina la improcedencia de toda impugnación simultánea o ulterior del régimen legal con base constitucional, porque, afirmar lo contrario significaría reconocer la incongruente pretensión de que se preste la conformidad limitada a los beneficios del régimen pero al mismo tiempo se formulen reservas en cuanto a su estricta aplicación o a los efectos derivados de ella.

Finalmente, las circunstancias apuntadas por el señor juez de trámite, José O. Casás, en el último párrafo del punto 6 de su voto, conducen a desechar —aun en el supuesto de que se entendiera que los contraventores tienen que ser puestos en conocimiento de las consecuencias de naturaleza administrativa que podrían derivar de la aceptación del beneficio— cualquier confusión en orden a los alcances del instituto de la suspensión del proceso a prueba que ha sido aplicado en autos, o, cuanto menos, permiten sostener fundadamente que el hipotético desconcierto sobre ese alcance era vencible a través del necesario asesoramiento jurídico que tuvo la imputada.

2. En mérito a lo aquí expuesto, voto por: i) *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; y ii) *revocar* la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, en lo que fue materia de agravio.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido porque el Fiscal de Cámara cuestiona la invalidación, por parte de los jueces, del art. 45, CC, *in fine* y no existe otra oportunidad para que este Tribunal se expida sobre la validez de la regulación legal allí establecida.

2. En cuanto a las objeciones formuladas por el titular de la Defensoría Oficial n° 1 (fs. 90/95) en torno a la legitimación procesal del recurrente y la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 53, ley 12 (ley 3382, *BOCABA* n° 3345 del 21/1/2010), en tanto confiere al Ministerio Público Fiscal la potestad de interponer el recurso de inconstitucionalidad previsto por la ley 402, me remito a los argumentos dados en el voto conjunto, punto 3, de la resolución dictada el 20/11/2013 por este Tribunal en el expte. n° 9876/13, “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, y, por lo tanto, deben ser desestimadas.

3. Los jueces de la Sala III, al confirmar la declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio en primera instancia, sostuvieron que la notificación al Poder Ejecutivo en casos de suspensión de juicio a prueba, para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte que resultarían aplicables en el caso de que recayera condena, afectaba la garantía de juicio previo y el principio de inocencia, por no haberse llegado a determinar la culpabilidad del imputado en un proceso judicial previo, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

4. El art. 45 del CC establece que en ciertos casos el imputado/a de una contravención puede acordar con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso a prueba, sin que ello implique admitir su responsabilidad. Cumplidas las reglas de conducta impuestas por el Juez, la acción contravencional se extingue. Dicho artículo además regula: “La suspensión del proceso a prueba no obstará a que en los casos previstos en los arts. 111, 112 y 114 del Título IV, Capítulo III de este Código el Juez Contravencional notifique al Poder

Ejecutivo para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena”.

5. En autos, el proceso contravencional se inició a la Sra. Bony por presuntamente haber conducido un vehículo con una dosis de alcohol en sangre superior a la permitida, el día 10 de noviembre de 2011, supuesto encuadrado en el art. 111 del CC. La jueza de primera instancia hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba por el plazo de diez meses, a pesar de la oposición de la fiscalía (cuestión que fue confirmada por la Cámara y consentida finalmente por la Fiscalía), y declaró la inconstitucionalidad del art. 45, CC, *in fine*, por entender que su aplicación afectaba la garantía del juicio previo y el principio de inocencia (fs. 57/59).

6. La cuestión ventilada en autos no resulta novedosa. En “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’” (sentencia de fecha 24 de agosto de 2012), este Tribunal ha sostenido que la comunicación del art. 45 CC *in fine* es constitucional, dado que no vulnera la garantía de juicio previo ni el principio de inocencia (en el mismo sentido confr. “Galbiati, Marcelo Fabio s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9482, sentencia dictada el 23 de diciembre de 2013).

7. La sentencia de la Sala III desconoce abiertamente la jurisprudencia de este Tribunal que ha establecido que la norma es constitucional. El principio de economía procesal debe guiar la actuación de los tribunales y, tal como es doctrina de nuestra Corte, los tribunales inferiores tienen el

deber moral de seguir los lineamientos fijados por los tribunales máximos, con excepción del supuesto en que los primeros aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por estos últimos (“Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo”, sentencia de fecha 4 de julio de 1985), lo que no ocurrió en el *sub judice*. En efecto, los fundamentos aportados por la mayoría de la Sala III no son adecuados ni suficientes para apartarse de la doctrina del TSJ.

8. Ahora bien, es dable reiterar aquí que la suspensión del juicio a prueba es un modo alternativo de resolución de conflictos al que el imputado se somete de manera voluntaria. El mismo trae aparejadas determinadas cargas (o reglas de conducta), eventuales consecuencias (como el descuento de puntos y los hipotéticos efectos sobre las condiciones de vigencia de las licencias de conducir en el ámbito de esta Ciudad) y también beneficios, en la medida en la cual se evita la celebración de un juicio y el dictado de una posible condena. Cuando un imputado elige someterse al régimen de la suspensión del proceso, como ocurrió en el presente caso, *acepta voluntariamente* dicho conjunto de cargas, consecuencias y beneficios.

9. Por lo expuesto, voto por: *i*) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y *ii*) revocar la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas en cuanto confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 45, último párrafo, del CC, dictada por la jueza de la causa, la que también se deja sin efecto, debiendo la jueza de primera instancia cumplir con la notificación al Poder Ejecutivo dispuesta en el art. 45, *in fine*, CC.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo que habré de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera, en tiempo y forma, el Ministerio Público Fiscal (fs. 85/88).

2. Es oportuno recordar, en primer término, que la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por mayoría, dispuso: “I. *Rechazar* el recurso de apelación interpuesto (...) [por la Fiscalía]. II. *Confirmar* la resolución obrante a fs. 57/59 vuelta en todo cuanto fuera materia de agravio” (fs. 79/82 vuelta). El fallo de primera instancia, en lo pertinente, había declarado la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC (fs. 57/59 vuelta).

Los fundamentos que siguen motivaron al pronunciamiento recurrido:

- a) La última parte del art. 45 del CC implica “...la imposición de sanciones de naturaleza administrativa a una persona a quien se le ha suspendido el juicio a prueba, e incluso, como en el caso de autos, a quien dio cumplimiento a las pautas de conducta impuestas en dicha suspensión...” (fs. 80).
- b) Las circunstancias mencionadas habilitan “...la posibilidad de imponer una sanción a quien aún se presume inocente por no haberse llegado a determinar su culpabilidad en un proceso judicial previo, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada” (fs. 80 y vuelta).

3. La Fiscalía sostuvo que la resolución que emitiera la Cámara incurre en arbitrariedad —afectando derechos de índole constitucional— pues se aparta del texto positivo y “se aleja de la literal letra de la ley...” (fs. 88 —*sic*—).

En apoyo de su postura, expresó que los camaristas “...incurren en un error conceptual evidente, ya que postulan que (...) [la] notificación al Poder Ejecutivo [que establece el último párrafo del art. 45] equivale a la aplicación de una pena sin culpabilidad de autor y sin control judicial” (fs. 86 vuelta).

4. La cuestión que aquí se debate es análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Santambrogio, Roberto Oscar s/infr.

art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9253/12, sentencia del 8/5/2013.

Las razones que expusiera en dicha causa son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en el presente caso.

En el precedente aludido dije: “... la suspensión del proceso a prueba es un mecanismo, establecido en el Código Contravencional (art. 45), cuya aceptación (voluntaria) solo asegura a quien cumplese con las pautas asumidas, que evitará el juicio. En consecuencia, la hermenéutica propuesta por la Sala interviniente —en el sentido de que el descuento de puntos constituye (en el marco de autos) una pena sin infracción comprobada— pierde de vista que el (...) [imputado] aceptó, voluntariamente, la *probation* cuya regulación legal prevé la posibilidad de que se notifique al Poder Ejecutivo en los términos del art. 45 del CC”.

5. Por lo expuesto, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera el Ministerio Público Fiscal

(fs. 85/88); *b)* revocar el pronunciamiento que dictara la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 79/82 vuelta), y *c)* revocar el punto III del dispositivo de la sentencia de primera instancia (fs. 57/59 vuelta).

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal (fs. 83/88).

2°. *Revocar* la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas en cuanto confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 45, último párrafo, del CC, dictada por la jueza de primera de instancia, la que también se deja sin efecto.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXXXIII - INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS LÓPEZ, MARÍA ADRIANA Y OTROS S/ART. 106 DEL C.P. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Improcedencia. Agravio concreto: improcedencia.

Expte. SAPCyF n° 10.757/14 - 8/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los defensores particulares de las Sras. Patricia Mónica López y María Adriana López dedujeron sendos recursos de inconstitucionalidad (fs. 205/210 y 213/217, respectivamente), contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 160/162), que, a su vez, revocó lo resuelto en

primera instancia (fs. 119/120) y declaró que la condena impuesta a las nombradas —a la pena de cinco (5) años de prisión a Patricia Mónica y a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión a María Adriana, ambas penas de efectivo cumplimiento—, se encontraba “en condiciones de ser ejecutada”.

2. En sus recursos de inconstitucionalidad los defensores sostuvieron, resumidamente, que la sentencia condenatoria oportunamente dictada no se encontraba “firme” y no podía ser “ejecutada”, porque estaban pendientes de resolución por parte de este Tribunal los dos recursos directos —por recurso de inconstitucionalidad denegado— que habían interpuesto. Asimismo, en el recurso que fue deducido por María Adriana López también se señaló que el cumplimiento de esta condena tampoco debía efectivizarse frente el dictado de la sentencia de este Tribunal, toda vez que aún quedaba la posibilidad de interponer un recurso extraordinario federal. En este sentido, se precisó que “solo en caso de ser denegado este último, la sentencia condenatoria queda firme” (fs. 215 vuelta).

3. La Cámara concedió ambos recursos, por entender que, a pesar de las “graves imprecisiones de los planteos”, se había planteado una cuestión de índole constitucional en torno al derecho de permanecer en libertad hasta tanto quedara firme la sentencia condenatoria (fs. 231/232).

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, consideró que el Tribunal debía hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad y revocar el pronunciamiento de fs. 160/162 por estar en juego el derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso (fs. 240/241).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. En primer lugar, corresponde recordar que los letrados defensores de las hermanas López ya habían solicitado a este Tribunal la “suspensión” de la ejecución de la sentencia condenatoria cuando todavía se encontraban pendientes de decisión los recursos directos que habían deducido ante este Estrado. En esa oportunidad, en la que se denegó la suspensión requerida, consideré que, aunque no podía desconocerse que la privación de la libertad a la que podían verse expuestas las nombradas “resultaría imposible de ser subsanada en especie”, debía entenderse que esa circunstancia había sido sopesada por el legislador local al sancionar la regla general del art. 33 de la ley 402 (fs. 158/159).

Con posterioridad, el 4/12/2013, el Tribunal se pronunció acerca de las cuestiones planteadas y rechazó las dos quejas deducidas (fs. 221/225). Finalmente, el 21 de mayo del año en curso el Tribunal denegó los recursos extraordinarios que contra esa decisión habían interpuesto ambas recurrentes (ver, al respecto, “López, Patricia Mónica s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de juicio en autos López, María Adriana y López, Patricia s/infr. art. 106 del C.P.’”, expte. n° 9265/12).

2. En esas condiciones, los recursos de inconstitucionalidad que han sido concedidos por el tribunal *a quo* no resultan procedentes por cuanto los agravios, tal como fueron planteados, han perdido actualidad. En efecto, en uno de los recursos se cuestionó la aplicación que en el caso se hizo del art. 312 del CPPCABA, fundado en que “todavía no hay firmeza en la sentencia porque hay [un] recurso de inconstitucionalidad pendiente a resolver en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (fs. 209). Por su parte, en el otro recurso se consideró que, frente al supuesto de que se denegaran las quejas, el pronunciamiento del Tribunal “daría lugar

a la presentación del Recurso Extraordinario, y solo en caso de ser denegado este último, la sentencia condenatoria queda[ría] firme” (fs. 215 vuelta).

Es evidente que los agravios quedaron circunscriptos a la posibilidad de que la condena se ejecutara con anterioridad a los pronunciamientos del Tribunal que allí se mencionaron, pero lo cierto es que —al día de la fecha y aun analizando estos dos recursos a su mejor luz— aquella situación quedó superada, toda vez que el Tribunal dictó las dos resoluciones en cuestión y, en especial, denegó los recursos extraordinarios federales. Ello le resta toda virtualidad a los planteos que han sido puestos a consideración del Tribunal.

3. A mayor abundamiento, aun en el supuesto de que se pretendiera leer de manera extensiva la aludida falta de “firmeza” de la condena, de cara a la eventualidad de que se deduzcan dos quejas por recurso extraordinario federal denegado (art. 285 del CPCCN), lo cierto es que tampoco desde esa perspectiva podrían triunfar los recursos de inconstitucionalidad, porque en ninguno de ellos se ha intentado siquiera rebatir los fundamentos del tribunal *a quo* en virtud de los cuales se justificó la diferencia entre la ejecutoriedad y la firmeza de una sentencia judicial (fs. 161 vuelta). Asimismo, a esta altura o en las condiciones actuales, corresponde agregar que el Tribunal tampoco tendría atribuciones para suspender la ejecución de la sentencia, por cuanto toda decisión vinculada con los efectos del recurso previsto en el art. 285 del CPCCN, en caso de que el mismo sea articulado, incumbe exclusivamente a la CSJN.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar los recursos interpuestos.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a los puntos 1, 2 y 4 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Los recursos de inconstitucionalidad concedidos por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, deben ser rechazados ya que los agravios allí expresados han perdido actualidad.

En efecto, tal como lo señala la Sra. Jueza de trámite, Ana María Conde, en el punto 2 de su voto, este Tribunal ya resolvió los recursos mencionados por las partes en sus respectivas presentaciones (conf. fs. 209 y 215 respectivamente). Resulta, por lo tanto, inoficioso pronunciarse sobre los planteos traídos a consideración del Tribunal.

En consecuencia, corresponde rechazar los remedios interpuestos a fs. 205/210 y 213/217.

Así voto.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que le compete al Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* los recursos de inconstitucionalidad interpuestos (fs. 205/210 y 213/217).

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DLXXXIV - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FRIAS, HÉCTOR ANTONIO S/INFR. ART(S). 149 BIS, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

Expte. SAPCyF n° 10.417/13 - 8/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpuso recurso de queja (fs. 116/124), contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 111/114) que declaró inadmisibles sus recursos de inconstitucionalidad (fs. 102/107). Esta última impugnación, a su turno, había sido articulada contra la decisión de la Cámara (fs. 74/79) que, en lo que hoy importa, revocó —parcialmente— lo resuelto en primera instancia (fs. 50/52) y declaró la nulidad del requerimiento de juicio formulado por la Fiscalía y de todo lo actuado en consecuencia. Para así resolver, los jueces consideraron que “no existe mérito suficiente para llevar este caso a juicio” (conf. fs. 77).

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la Fiscalía de Cámara expuso que la resolución resultaba equiparable a definitiva en sus efectos, porque ella entorpecía “el ejercicio de sus derechos y facultades procesales” e impedía “la posibilidad de ejercer la acción pública de la que es titular, impulsarla hasta la realización del debate oral y público, comprobar la imputación y obtener la imposición de las sanciones correspondientes” (conf. fs. 102). Con relación a la cuestión constitucional, pretendió demostrar que “la decisión genera agravios de índole constitucional en tanto interpreta y valora la acusación fiscal de un modo tal que viola los principios de inmediación, contradictorio, acusatorio, imparcialidad y debido proceso” (conf. fs. 102).

3. La Sala II declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad por entender que no se dirigían contra una sentencia definitiva o auto equiparable y por no haber logrado plantear con éxito un caso constitucional.

4. El Fiscal General, al tomar la intervención requerida por el Tribunal, solicitó que se admitieran los recursos interpuestos por la Fiscalía de Cámara, porque la resolución cuestionada mediante el recurso de inconstitucionalidad debía ser descalificada como acto jurisdiccional válido (fs. 128/135).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja, aunque fue interpuesta en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), no puede prosperar.

La quejosa no ha logrado conmover el principal argumento que llevó a la Sala II a denegar su recurso de inconstitucionalidad, referido a la ausencia de “sentencia definitiva” o auto equiparable a ella, ni desarrolla fundamentos suficientes para dar sustento a sus afirmaciones. En estas condiciones, cabe recordar aquí que este Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica sólida destinada a rebatir argumen-

tativamente los desarrollos por los cuales la Cámara denegó el recurso obsta a la procedencia de la queja, pues tal presentación resulta privada del fundamento tendiente a demostrar el desacierto en el que habría incurrido la alzada para resolver como lo hizo (el Tribunal en autos “Fantuzzi”, expte. n° 865, sentencia del 9/4/2001).

En concreto, al margen del acierto o error de lo resuelto por el tribunal *a quo* — respecto a la declaración de nulidad del requerimiento de juicio, por la supuesta “falta de mérito suficiente”—, la recurrente se limita a reeditar las mismas afirmaciones que oportunamente habían sido examinadas en el auto denegatorio (fs. 111/114) y a mencionar, genéricamente, que “lo resuelto por la alzada [en el caso] *cierra de modo definitivo* el curso de esta investigación e implica (...) la frustración de los derechos de las víctimas y la imposibilidad del Ministerio del Ministerio Público Fiscal de *continuar con el trámite*” (conf. fs. 118; la cursiva fue añadida).

No obstante, estas afirmaciones resultan insuficientes e inadecuadas para evidenciar el perjuicio de imposible reparación ulterior que la resolución le provoca a la Fiscalía, al menos, en las particulares circunstancias del caso puesto a estudio de este Tribunal. En efecto, aunque en ciertos supuestos el concepto de sentencia definitiva no se circunscribe solo a las decisiones que concluyen el pleito y puede ser extendido excepcionalmente a aquellos otros que, por sus efectos, causan un gravamen irreparable, lo cierto es que sobre quien deduce un recurso extraordinario (o limitado) pesa la carga de explicar los motivos por los que no existiría ninguna otra oportunidad útil para disipar las presuntas cuestiones constitucionales cuya tutela inmediata se proclama.

En autos, a mi criterio, la quejosa no ha logrado superar tal carga y su omisión no puede ser suplida por este Tribunal; máxime, cuando las razones que esgrime sobre el posible carácter “definitivo” de lo resuelto ni siquiera se condicen con las copias que ha aportado a la causa. Al respecto, luego de la resolución de la Cámara, que dispuso la nulidad de lo actuado, la Fiscalía de primera instancia continuó dándole impulso a esta causa, toda vez que citó a la denunciante y solicitó nuevos informes interdisciplinarios (fs. 86), le recibió una nueva declaración testimonial (fs. 89/90) y también habría convocado a diversos testigos propuestos por ella (fs. 91) lo cual, *a priori*, significaría que, a pesar de las manifestaciones de la esforzada recurrente, sí ha sido posible “continuar con el trámite” de este legajo a los efectos de robustecer aún más la plataforma probatoria contenida en la primera requisitoria, que —reitero—, al margen de su acierto o error, fue anulada por el tribunal *a quo*. Ello, funda este voto y determina el rechazo de esta presentación directa.

Obiter dictum, lo expuesto brevemente en los párrafos que anteceden no impide recordar que este Tribunal de manera unánime se ha pronunciado en el precedente “E., N.” (expte. n° 9439/12, sentencia del 27/12/13) y allí ha desarrollado fundamentos que, en rigor de verdad, descalificarían sin más el “control del mérito de la acusación” que en esta causa se habría conferido la Sala II, a los fines de declarar la “nulidad” del requerimiento de juicio de cara a la pretendida “falta de fundamentación probatoria (...) para formalizar una hipótesis acusatoria” sustentada en la inexistencia de “testigo presencial que convalide” la denuncia de la víctima (fs. 74/79). Sin embargo, las particulares circunstancias de la causa —en la cual, a diferencia del precedente aludido, no fue resuelto el sobreseimiento del involucrado y por ello aún sería posible conjeturar la eventual renovación del acto anulado— y el hecho de que esos fundamentos hayan sido dados por este Tribunal Superior con posterioridad al pronunciamiento de la Cámara (que lleva fecha 15/8/13), me conmueven a reafirmar la solución que aquí propongo. Ello así, en tanto cabe conjeturar que —en lo sucesivo— los distinguidos miembros del tribunal *a quo* tendrán presente lo resuelto por esta instancia.

2. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja del Ministerio Público Fiscal, aunque interpuesto en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no puede prosperar en cuanto carece de crítica fundada y autosuficiente del auto denegatorio.

El *a quo* entendió que la resolución impugnada no constituía sentencia definitiva o auto equiparable a ella en tanto la nulidad del auto de requerimiento de elevación a juicio no ocasiona gravamen de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior que le permita habilitar la vía extraordinaria que reclama (fs. 111 vuelta), resaltando que la declaración de nulidad no impide la continuación del juicio sino que lo retrotrae a etapas anteriores (conf. fs. 112).

La Sra. Fiscal se limita a afirmar que “la declaración de nulidad implica la imposibilidad del Ministerio Público Fiscal de continuar con el trámite del legajo” (fs. 118), sin indicar en qué reside concretamente dicha imposibilidad.

Tal como señala la Sra. Jueza de trámite, la afirmación de que es imposible continuar con la tramitación del legajo es contradicha por las constancias de las causa acompañadas por la recurrente, en tanto muestran que con posterioridad a la notificación de la resolución dictada por la Cámara resolviendo la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, la fiscalía de primera instancia mantuvo el impulso procesal a través de la adopción de distintas medidas (conf. fs. 86; fs. 89/90; fs. 91).

El Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica sólida destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales el *a quo* denegó el recurso obsta a la procedencia de la queja, pues tal presentación resulta privada del fundamento tendiente a demostrar el desacierto en el que habría incurrido la Cámara para resolver como lo hizo (*in re* “Fantuzzi”, expte. n° 865, sentencia del 9/4/2001).

2. Por las razones expuestas corresponde rechazar el recurso de queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La recurrente no logra rebatir las razones expuestas en el auto denegatorio en torno a que la decisión contra la que se dirige el recurso de inconstitucionalidad no es la definitiva ni puede ser equiparada a tal, pues “no impide la continuación de juicio sino que solo lo retrotrae a etapas anteriores” (foja 112). Frente a ello, la señora Fiscal de Cámara se limita a señalar que “la resolución que se intenta revocar es equiparable a sentencia definitiva ya que impide al Ministerio Público Fiscal el ejercicio de sus derechos y facultades procesales produciéndole un perjuicio de imposible reparación ulterior al declarar la nulidad del requerimiento de juicio porque no existe mérito suficiente para llevar este caso a juicio”, así como que “lo resuelto por la alzada cierra de modo definitivo el curso de esta investigación e implica [...] la frustración de los derechos de las víctimas y la imposibilidad del Ministerio Público Fiscal de continuar con el trámite del legajo” (foja 118). Sin embargo estas afirmaciones, que no fueron debidamente sustentadas en la queja, no se condicen con la conducta desarrollada por la parte acusadora con posterioridad al dictado de la decisión que, en última instancia, cuestiona. Nótese que, como bien lo señalan las señoras juezas, doctoras Ana María Conde y Alicia Ruiz, la fiscalía continuó con el impulso la investigación luego de la anulación del requerimiento de juicio (conf., por caso, fs. 89/90).

Estas particulares circunstancias dan cuenta de que la queja, tal cual ha sido formulada, impide habilitar la competencia del Tribunal para adentrarse en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

3. Todo ello al margen del acierto o error de la resolución de la Cámara que, sobre la base de un alegado control sobre el “mérito de la imputación” (foja 76), anuló el requerimiento fiscal de juicio en contraposición a la doctrina establecida por este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Escobar, Neris s/infr. art. 149 bis, amenazas, C.P.’”, expte. n° 9439/12, resolución del 27/12/2013.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja agregada a fs. 116/124. Así lo voto.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 116/124).

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DLXXXV - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA ESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN INCIDENTE DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE SITO SCALABRINI ORTIZ 553/57 EN AUTOS NN S/INFR. ART. 181, INC. 1°, C.P.

QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Procedencia. Cédula de notificación. Oficial notificador. Deberes del juez. Plazos procesales. Garantías procesales. Tutela judicial efectiva.

SUMARIOS:

1. El incumplimiento por parte del Oficial Notificador de los recaudos exigidos por el art. 61 del Código de rito en la cédula devuelta, debería haber derivado en la comunicación al Consejo de la Magistratura a fin de que dispusiera las medidas disciplinarias que estimara pertinentes y, al mismo tiempo, en el libramiento de una nueva cédula con carácter de urgente. (*Voto de los jueces José O. Casás, Inés M. Weinberg y Ana María Conde*).

2. Una injustificada demora en la resolución de la causa es violatoria de la tutela judicial efectiva. (*Voto de los jueces José O. Casás, Inés M. Weinberg y Ana María Conde*).

Expte. SAO n° 11.462/14 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Fiscal de Cámara a cargo de la Unidad Fiscal Este deduce ante el Tribunal “recurso directo por retardo injustificado de justicia, respecto de la actuación de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas” (fs. 6) en el “Incidente de restitución de inmueble sito en Scalabrini Ortiz 553/57 en autos NN s/infr. Art. 181 inc. 1º, del C.P.” que corre bajo el n° 6966-01/14.

Relata que, radicadas las actuaciones en la Cámara en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de las imputadas contra las decisiones de la jueza de grado que dispusieron no hacer lugar al cese de la consigna policial implantada sobre el inmueble usurpado, y librar orden de allanamiento, desalojo y restitución, emitió el correspondiente dictamen solicitando el rechazo del recurso *in limine*, el 7/8/2014 (fs. 1/3). Manifiesta que, ante la falta de un pronunciamiento, solicitó pronto despacho con fecha 30 de septiembre (fs. 4).

Sostiene que lo que motiva su presentación directa ante el Tribunal es que “el Sr. Juez de Cámara, Dr. Sergio Delgado, hizo saber a esta parte que los autos no se encontraban (...) en condiciones de ser resueltos por no haberse cumplido con la notificación del auto de fs. 135 a la recurrente conforme las normas previstas a tal efecto en el Código de rito (arts. 60 y 61, CPPCABA) y no habiendo comparecido el oficial notificador de acuerdo con lo ordenado a fs. 141, desglóse la cédula ... y devuélvase mediante oficio a la Cámara de notificaciones a fin de que informe el nombre del ‘encargado’ que la recibió y consigne las razones por las cuales esta persona se ha negado a firmar la constancia del reverso. Asimismo establézcase comunicación telefónica con el CPACF a fin de consultar el domicilio que la letrada (...) allí registra” (fs. 7, se han suprimido las cursivas del original).

Aduce que la Sala III ha dispuesto notificaciones no previstas en la ley procesal —en tanto el art. 282 del CPP ordena correr vista a quien no hubiera recurrido—, que la causa se encontraba en condiciones de ser resuelta desde el 7 de agosto pasado y que, en su criterio, se encuentran excedidos los plazos legales para resolver con “potencial riesgo de prescripción de la acción persecutoria” (fs. 7).

Plantea, finalmente, que “con la reprochable actuación de la Sala III “(...) no solo se han desatendido normas de naturaleza infraconstitucional (arts. 46 y 283 y ss. del CPP) sino que también se advierte una irremediable conculcación de derechos de raigambre constitucional (art. 18 C.N. y 13.3, CABA)” (fs. 7 vuelta).

2. A fs. 10 se requirió a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que informe al Tribunal, en el plazo de 48 horas, sobre los hechos denunciados, a cuyo efecto se libró oficio con habilitación de días y horas inhábiles.

3. Con fecha 3 de octubre, el juez de la Sala III, Sergio Delgado informa que:

- i) el incidente de restitución ingresó a la Cámara el 16 de julio y ese mismo día se “decretó que fuera sustanciado el recurso a tenor de lo previsto en el art. 282 del ritual, desechándose por ese decreto la posibilidad de desestimar *in limine* el recurso” (fs. 21);
- ii) el Fiscal recibió las actuaciones el 17 de julio y presentó su dictamen el 8 de agosto;
- iii) a esa fecha el decisorio que dispuso sustanciar el recurso de apelación se encontraba firme;
- iv) se corrió traslado a la defensa el 8 de agosto;
- v) el 14 de agosto volvió la cédula con la constancia de que había sido fijada en el domicilio aunque sin testigos de la fijación, lo que motivó que se or-

denara nuevamente la notificación con fecha 29 de agosto “haciendo saber a la oficina de notificaciones que en caso de no encontrarse el destinatario debía proceder conforme el art. 61 CPPCABA” (fs. 21);

vi) el 23 de septiembre se recibió la cédula en las mismas condiciones y se ordenó volver a efectuar la diligencia librando oficio a la Oficina de Notificaciones “para que el Oficial Nicolás Dardo Milone compareciera al Tribunal al solo efecto de retirar la cédula para informarle en dicha oportunidad la forma en que debió ser efectuada” (fs. 21/21 vuelta);

vii) ante el pedido del Fiscal de pronto despacho —de fecha 1 de octubre— ese mismo día se dispuso que, “en razón de que los autos no se encontraban en condiciones de ser resueltos por no haberse cumplido con la notificación del auto de fs. 135 conforme las normas de rito y no habiendo comparecido el oficial notificador, que se procediera al desglose de la cédula devolviéndola mediante oficio a la oficina de notificaciones para que se aclarara el nombre del encargado del edificio que la había recibido y las razones por las que esa persona se había negado a firmar, todo lo cual se notificó al Sr. Fiscal de Cámara” (fs. 21 vuelta);

viii) también el 1º de octubre se estableció comunicación telefónica con el CPACF a los fines de indagar el domicilio registrado por la abogada defensora de los apelantes. En atención a que el CPACF informó un domicilio en el mismo edificio pero en otro piso que el constituido por la letrada al momento de aceptar el cargo, se ordenó librar nueva cédula a dicho domicilio, sin conocerse el resultado de su diligenciamiento;

ix) el 3 de octubre se agregó la cédula efectivamente diligenciada —con fecha 2 de octubre— al domicilio constituido por la defensa técnica.

Concluye señalando que las actuaciones no se encuentran en condiciones de ser resultas pues, “no ha vencido el término para impugnar la integración del Tribunal que allí se le comunicara ni el de cinco días por el que fueran puestos a su disposición estos autos” (fs. 21 vuelta/22).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, INÉS M. WEINBERG y ANA MARÍA CONDE dijeron:

I. De la precedente reseña de lo actuado en el “Incidente de restitución de inmueble sito en Scalabrini Ortiz 553/57 en autos NN s/infr. Art. 181 inc. 1º, del C.P.” (exp. nº 6966-01/14), se advierte que desde que el Sr. Fiscal de Cámara se opuso a la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de las Sras. María Luz Pereira Agüero y María Willma Siles Vallejos por considerarlo irrecurrible (conf. arts. 282, 2º párrafo y 275, *in fine*, CPP) se ha superado ampliamente el plazo previsto en el art. 283 de la norma de rito que indica que debe resolverse “de inmediato”.

De acuerdo con el informe que obra a fs. 21/22, la razón de dicha demora obedece a una peculiar interpretación del art. 282 del CPP efectuada por la Sala III respecto del momento en que debe conferirse vista a la parte recurrente.

La norma procesal indica que “[r]adicado el recurso en la Cámara de Apelaciones se hará saber a las partes el tribunal interviniente”.

Sin embargo, el tribunal *a quo* no cumplió con esta notificación el día 16 de julio —fecha en la cual llegaron las actuaciones a la Sala— sino que la demoró hasta el día 8 de agosto, fecha en la que corrió “el traslado a la defensa” (fs. 21).

2. Agrava lo expuesto el tiempo insumido —casi dos meses— en hacer efectiva la notificación ordenada con fecha 8 de agosto, circunstancia que resulta a todas luces

inadmisible, máxime si se considera la naturaleza de las cuestiones planteadas. En autos está en discusión la medida que ordena la restitución del inmueble, en virtud de lo establecido en el art. 335 del CPP.

En efecto, el incumplimiento por parte del Oficial Notificador de los recaudos exigidos por el art. 61 del Código de rito, en la cédula devuelta el 14 de agosto, debería haber derivado en la comunicación al Consejo de la Magistratura a fin de que dispusiera las medidas disciplinarias que estimara pertinentes y, al mismo tiempo, en el libramiento de una nueva cédula con carácter de urgente.

En lugar de ello, el *a quo* demora quince días —hasta el 29 de agosto— en ordenar una nueva diligencia, esta vez con la transcripción de la obligación impuesta por el art. 61 del CPP, pero sin prever ningún recaudo para que se diligenciara con prioridad. Así las cosas, la cédula es devuelta a la Sala casi un mes después, el 23 de septiembre, sin alcanzar su objetivo y con idéntico incumplimiento del Oficial Notificador.

Esta grave y reiterada violación de los deberes inherentes a su cargo por parte del notificador tiene como única consecuencia la orden de libramiento de un oficio a la Oficina de Notificaciones “para que el Oficial Nicolás Dardo Milone compareciera al Tribunal al solo efecto de retirar la cédula para informarle en dicha oportunidad la forma en que debió ser efectuada”, que por lo demás, no es otra que la que manda la ley.

Esto evidencia el poco interés de la Cámara en hacer efectiva la notificación, toda vez que este oficio supedita la diligencia a la comparecencia del Oficial Notificador, a quien ni siquiera se compele a presentarse en un término perentorio. Tal displicencia provoca que al día 1º de octubre el Oficial Notificador no hubiera comparecido aún.

También resultan improcedentes las diligencias destinadas a la averiguación del domicilio de la abogada que ejerce la defensa técnica —mediante comunicación telefónica con el Colegio de Abogados de la Capital Federal— y el libramiento de una nueva cédula al domicilio allí indicado, toda vez que del propio informe surge que la letrada había constituido domicilio en autos al momento de aceptar el cargo (fs. 21 vuelta).

Finalmente, y luego del pedido de pronto despacho del Fiscal, la Sala ordena el “desglose de la cédula devolviéndola mediante oficio a la oficina de notificaciones para que se aclarara el nombre del encargado del edificio que la había recibido y las razones por las que esa persona se había negado a firmar” (*idem*).

3. En definitiva, del informe presentado por la Sala III CAPCyF, se advierte una injustificada demora en la resolución de la causa, violatoria de la tutela judicial efectiva.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja de retardo de justicia planteada por el Fiscal de Cámara Walter Fernández y, en su mérito, ordenar a la Sala III que resuelva el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados “Incidente de restitución de inmueble sito en Scalabrini Ortiz 553/57 en autos NN s/infr. Art. 181 inc. 1º, del C.P.”, en el plazo de 48 horas.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Las circunstancias referidas en los resulta y los argumentos de mis colegas preopinantes, no son suficientes a mi entender para tener por acreditada una situación de retardo, privación o denegación de justicia en el marco del recurso interpuesto. Por otra parte, advierto en el mismo sentido, que el Ministerio Público Fiscal recién formula el pedido de pronto despacho el 1º/10/2014.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a la queja planteada por el Sr. Fiscal de Cámara a cargo de la Unidad Fiscal Este, deducida a fs. 6/8 y, en su mérito, ordenar a la Sala III que resuelva el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados “Incidente de restitución de inmueble sito en Scalabrini Ortiz 553/57 en autos NN s/infr. Art. 181 inc. 1º, del C.P.”, en el plazo de 48 horas. Dictada la resolución, se servirá informar al Tribunal.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y se oficie con habilitación de día y hora a la Sala de mención.

El juez Luis F. Lozano no firma por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXXVI - GUTIÉRREZ, MIRIAM ZULEMA Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GUTIÉRREZ, MIRIAM ZULEMA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Cuestión no constitucional. Cuestiones de hecho y prueba.

.....

Expte. SACAyT n° 10.197/13 - 10/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Miriam Zulema Gutiérrez, por derecho propio y en representación de los niños a su cargo, interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada de su grupo familiar, que atribuyó al demandado. Precisó, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de un subsidio, que este debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características. Como medida cautelar, solicitó su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 14/25).

La jueza de primera instancia subrogante hizo lugar a la medida cautelar; eventualmente hizo lugar a la acción de amparo, y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 5º y 6º del dec. 690/06 (fs. 31/37).

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 38/44 vuelta). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió rechazar el recurso, y ordenó al demandado la provisión de un subsidio que permitiera a la parte actora abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acreditaran nuevas circunstancias que permitieran concluir que su estado de necesidad había cesado (fs. 51/53).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 55/70). La Cámara de Apelaciones concedió el recurso, excepto en lo relativo a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional.

Con fecha 22/9/2010, el Tribunal dictó sentencia y resolvió: “*Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 212/222; *revocar* la sentencia de fs. 204/207 y reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte n° 6754/09. Sin costas”.

4. Remitidas que fueran las actuaciones, la Sala II resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado, con excepción de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 5° y 6° del dec. 690/06 (fs. 51/53).

5. Contra esa decisión, la actora interpuso el recurso de inconstitucionalidad de fs. 55/70, que la Cámara declaró inadmisibile (fs. 90/91 vuelta).

Ello motivó que Miriam Zulema Gutiérrez, por derecho propio y en representación del niño a su cargo, y Yanina Gabriela Alcaraz, también por derecho propio, dedujeran la queja que tramita en autos (fs. 1/10).

6. Requerido su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar propició la admisión de la queja y del recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la parte actora (fs. 96/111). El Sr. Fiscal General, por su parte, se pronunció a favor del rechazo de la queja (fs. 113/115 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) no obstante debe ser rechazada en tanto no logra rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

2. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en su pronunciamiento de fecha 22/3/2013 ponderó —sustancialmente y en lo que aquí corresponde destacar— que se encontraba acreditada la situación de vulnerabilidad social en la que se encontraba el grupo familiar actor; y en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia, aunque precisando que, “...en atención al modo en que se resuelve no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la instancia de grado [de los arts. 5° y 6° del dec. 690/06 (véanse fs. 36/vuelta y 37)] para dar una adecuada solución al conflicto, por lo cual corresponde revocar, en este punto, la sentencia apelada.” —véase fs. 53.

En su recurso de inconstitucionalidad la actora se agravia por el límite cuantitativo determinado a partir del pronunciamiento de la Cámara y afirma que: “Si bien en atención a los términos amplios en que fue dictada la sentencia de primera instancia a la fecha del pronunciamiento el GCBA le está otorgando un monto para cubrir el alojamiento, no puede desconocerse que en el futuro ese monto puede resultar insuficiente (...)” —véase fs. 60 vuelta—. El recurso fue declarado inadmisibile en razón de que no lograba configurar un caso constitucional —véanse fs. 90/91 vuelta.

3. La actora se alza en queja y destaca que la sentencia atacada resulta infundada y arbitraria; afirma que el pronunciamiento afecta su derecho a la vivienda y a la salud. Señala que la resolución dictada "...podría implicar en los hechos una limitación temporal y cuantitativa de las obligaciones de la demandada a los estrictos términos del art. 5° del dec. 690/06 ...".

Agrega también que lo resuelto afecta su derecho a una tutela judicial efectiva por la amenaza cierta de tener que dejar el alojamiento que habita ante la eventual imposibilidad de tener que afrontar su costo mensual —véanse fs. 1/10.

4. De conformidad con lo expuesto, los planteos formulados por la recurrente en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales -relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036) la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)— cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

La tacha de arbitrariedad "no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales" —véanse *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Por otra parte, los planteos relativos a las limitaciones temporales y cuantitativas impuestas por la sentencia de Cámara, tal como han sido propuestos, resultan hipotéticos y conjeturales, no logrando configurar en el caso una cuestión constitucional.

En consecuencia, debe colegirse que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una "sentencia fundada en ley", en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones vertidas, la queja interpuesta por la parte actora debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Corresponde rechazar la queja de fs. 1/10.

2. La Sala II —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que "...se dictara un nuevo fallo de conformidad con lo dispuesto en el considerando 16 del voto de los Sres. Jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano emitido en el fallo 'Alba Quintana"', fs. 90— resolvió confirmar la sentencia de primera instancia —que había, en lo que ahora importa, hecho lugar al amparo y, en consecuencia, ordenado al GCBA que incluyera a la amparista y sus hijos menores en el programa creado por el dec. 690/06 modificado por el 960/08, les otorgase el subsidio allí previsto, continuase con dicha prestación mensual hasta tanto se cumplieran los objetivos generales y específicos del programa, o bien hasta que demostrara que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual los amparistas se encontraban habían desaparecido; y declarado la inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06 y del art. 6° del dec. 960/08 (véanse fs. 31/37)—, salvo en relación a la declaración de inconstitucionalidad, a cuyo respecto los jueces de mérito señalaron que "...en atención al modo en que se resuelve no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la instancia de

grado para dar una adecuada solución al conflicto, por lo cual corresponde revocar, en este punto, la sentencia apelada” (fs. 53).

3. Frente a ello, las objeciones que la recurrente construye sobre la base de afirmar recortado el límite temporal de la condena, no muestran un gravamen actual, en tanto la parte recurrente no explica cómo la interpretación de la sentencia por ella propuesta sería la de los jueces a cargo de la ejecución.

4. Las objeciones que dirige a cuestionar el límite cuantitativo de la condena, tampoco suscitan la intervención de este Tribunal, pues no se muestra que esté comprometida, de modo directo, una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. *Fallos*, 311:2478). La recurrente afirma que al resolver del modo relatado: *i*) se vieron conculcados sus derechos a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad — que sustenta en los arts. 17, 20 y 31 CCABA, 14 bis C.N., 11 PIDESC, 25 DUDH, IX, DADDH—; y *ii*) se desconoció la doctrina sentada por la CSJN en el caso “Q. C., S. Y c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (Q. 64. XLVI; RHE; 24/4/2012), que la recurrente entiende análogo.

Sin embargo, ninguno de esos planteos suscita la intervención de este Tribunal, toda vez que la parte recurrente omite hacerse cargo —no obstante que ello resultaba especialmente exigible si buscaba expandir la condena recurrida— de que la sentencia pronunciada por el *a quo* lo fue como consecuencia del reenvío dispuesto por este Tribunal (véase fs. 90). En tales condiciones, este Tribunal ya se ha pronunciado en el marco de este proceso acerca del alcance que cabe atribuir a las cláusulas de jerarquía constitucional que hoy se pretenden traer nuevamente a su conocimiento, sin que la recurrente muestre, frente a dicha circunstancia, que el *a quo* se ha apartado de lo resuelto.

A su turno, resta señalar que la decisión objetada se apoyó en la interpretación de las normas vigentes al momento en que fue emitida —las leyes 4036 y 4042—, materia acerca de la cual los jueces de mérito tienen, en principio, competencia privativa, y la recurrente no invoca que hubieran sido arbitrarios en el ejercicio de esa competencia.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja deducida por la parte actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, sin embargo no puede prosperar.

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí se sostiene, se pretende cuestionar el decisorio emitido por la Sala II de la Cámara CAyT, a consecuencia del pronunciamiento de este Tribunal que, por mayoría, dispuso el reenvío de las actuaciones a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09” —parte dispositiva que acompañé con los alcances resultantes de mi voto y de las consideraciones vertidas *in re*: “Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6153/09, sentencia del 12/5/2010, donde hice un exhaustivo tratamiento de diversas cuestiones vinculadas al programa habitacional cuestionado— (véase fs. 51).

En lo que aquí importa, el *a quo* resolvió confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que incluyera a la amparista y sus hijos menores de edad “en el programa creado por el dec. 690/06 modificado por el 960/08, les otorgue el subsidio allí previsto, y asimismo, continúen con dicha prestación mensual hasta tanto se cumplan los objetivos generales y específicos del programa, o bien hasta que demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual los amparistas se encuentran han

desaparecido” (fs. 53 y 36 vuelta), *excepto en relación a la declaración de inconstitucionalidad*, a cuyo respecto los jueces de mérito señalaron que “...en atención al modo en que se resuelve no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la instancia de grado para dar una adecuada solución al conflicto, por lo cual corresponde revocar, en este punto, la sentencia apelada” (fs. 53).

3. La recurrente sostiene en la queja que “la resolución que sujeta al mantenimiento *temporal* o *cuantitativo* en los planes habitacionales vigentes no satisface de modo adecuado el derecho a la vivienda” (fs. 5).

4. En relación a las objeciones por entender recortado el límite *temporal* de la condena, es preciso señalar que la parte dispositiva de la sentencia de grado —confirmada por la Sala II de la Cámara—, especifica que la prestación a cargo del GCBA deberá mantenerse “hasta tanto se cumplan los objetivos generales y específicos del programa, o bien hasta que demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual los amparistas se encuentran han desaparecido” (fs. 36 vuelta), en tanto el grupo familiar accionante se compone de una madre a cargo de dos hijos menores de edad y se encuentra acreditada de manera adecuada su situación de vulnerabilidad social (fs. 52 vuelta y 53).

En este contexto, no se ha logrado demostrar que la revocación de la mentada declaración de inconstitucionalidad le genere un gravamen concreto toda vez que, a tenor de lo efectivamente resuelto, la decisión objetada no ha modificado aquella precisión.

Vale recordar en este punto que, de conformidad con lo resuelto *in re* “Alba Quintana”, mientras se mantenga el sistema de subsidios, los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la Constitución y las leyes ponen en situación de prioridad frente a las restantes —salvo que el GCBA acredite que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio, ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida—. En el caso, la sentencia recurrida se limitó así a reponer las prioridades fijadas por el Legislador, con arreglo a la doctrina sentada por dicho precedente.

6. Respecto de las objeciones dirigidas a cuestionar el límite *cuantitativo* de la condena, tampoco suscitan la intervención de este Tribunal, pues no se muestra que esté comprometida, de modo directo, una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. *Fallos*, 311:2478).

Si bien el recurrente afirma que al resolver del modo relatado —que no consagra la inconstitucionalidad del art 5° del dec. 690— se vieron conculcados sus derechos a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad (que sustenta en los arts. 17, 20 y 31 CCABA, 14 bis C.N., 11 PIDESC, 25 DUDH, IX DADDH), omite hacerse cargo de que la sentencia que pretende poner en crisis fue dictada como consecuencia del reenvío dispuesto con fecha 22/9/2010.

En tales condiciones, este Tribunal ya se ha pronunciado en el marco de este proceso acerca del alcance que cabe atribuir a las cláusulas de jerarquía constitucional que hoy se pretenden traer nuevamente a su conocimiento, al tiempo que ha afirmado que la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fija-

dos en los programas⁸, sin que la recurrente muestre, frente a dicha circunstancia, que la alzada se haya apartado de lo ordenado, a través de la doctrina de “Alba Quintana”.

A su turno, resta señalar que la decisión objetada se apoyó en la interpretación de las normas vigentes al momento en que fue emitida —las leyes 4036 y 4042—, materia acerca de la cual los jueces de mérito tienen, en principio, competencia privativa, y la recurrente no invoca que hubieran sido arbitrarios en el ejercicio de esa competencia.

7. Por su parte, si bien la recurrente aduce que en el caso se habría desconocido la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, relega que el Alto tribunal oportunamente desestimó su queja por recurso extraordinario federal denegado por considerar que las cuestiones propuestas no guardaban “sustancial analogía” con las examinadas en el referido precedente, quedando firme para el caso la doctrina del precedente “Alba Quintana” (conf. CSJN, sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales se advierte el expediente G. 943. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; y G.945.XLVI. ‘G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; correspondiente a estos actuados).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso directo que está a consideración del Tribunal fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. En mi primera intervención en esta causa, confirmé la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a proveer a la parte amparista un subsidio que le permitiera abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acreditasen nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad había cesado.

Como señalé entonces, los jueces están facultados a desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, están obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En este escenario, y no habiéndose acreditado en autos que la situación de vulnerabilidad social de la actora haya variado, no queda más que hacer lugar a su recurso de inconstitucionalidad.

Considero oportuno, en apoyo de mi decisión, reiterar algunas de las razones que ya expresara en esta causa y que resultan coincidentes con los argumentos expuestos por la CSJN *in re* “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Q. 64. XLVI, resolución del 24/4/2012:

⁸ Cabe señalar que, la cuestión relativa a la constitucionalidad de los montos previstos en los programas habitacionales, ha sido recientemente ratificada por este Tribunal —en sintonía con el mentado precedente “Alba Quintana”— *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos sociales son de igual jerarquía e igual estructura que los demás derechos humanos y todos tienen carácter interdependiente.

La afectación de cualquiera de ellos genera necesariamente la disminución, o incluso la pérdida, de los restantes.

En situaciones de extrema vulnerabilidad social como la que se evidencia en la causa, la afectación del derecho a la vivienda digna conduce a consolidar desigualdades y a profundizar la exclusión.

Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁹

⁹ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado

por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada....”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...).”

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

Prohibición de regresividad:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*" (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

El art. 11 de dicho Pacto establece que "[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

Los arts. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó (Observación General nº 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”) lo que sigue: “... aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1º del art. 2º en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

La opinión del Comité deja en claro que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad.

La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado.

En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, necesariamente, la situación particular del afectado.

Disponibilidad de recursos:

El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga...”,

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General nº 3: “Índole de las obligaciones de los Estados Partes”) consideró que “...[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas

a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolosa” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁰ o “Sejean”¹¹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por hacer lugar al recurso directo interpuesto y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por Miriam Zulema Gutiérrez y condenar al GCBA a proveerle un subsidio que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Miriam Zulema Gutiérrez y Yanina Gabriela Alcaraz.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Luis F. Lozano no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

¹⁰ 347 Scotus 483 (1954).

¹¹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

DLXXXVII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MAMANI, MARGARITA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAyT n° 9964/13 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Margarita Mamani, por derecho propio y con el patrocinio de la Defensoría General, comparece por ante este Tribunal a manifestar que no recurrirá la sentencia de fs. 135/157 vuelta.

Solicita que se "...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud".

Asimismo, manifiesta también que "...[D]ado mi grado de discapacidad, mi frágil estado de salud y las características singularísimas de mi enfermedad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado (...) [y] (...) la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme (...). De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios —y escasísimos— recursos. Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa 'Q. C. S. Y.', sentencia del 24/4/2012".

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. Téngase presente la reserva en los términos formulados por la accionante.

2. En cuanto a lo manifestado sobre la medida cautelar oportunamente decidida en las instancias de mérito nada corresponde resolver aquí, toda vez que dicho pronunciamiento, no fue materia de recurso ante este Tribunal.

Así lo voto.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa la actora en relación con "los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud", este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta

misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta “para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por la actora y hacer saber a la accionante que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa la amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 239/257 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Margarita Mamani.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 138, punto 4.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DLXXXVIII - ARGENCUER SA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GCBA C/ARGEN CUER S.A. S/ EJ. FISC. - OTROS

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Inadmisibilidad del recurso. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Sentencia definitiva: improcedencia.

.....

Expte. SACAyT n° 9842/13 - 10/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Argen-Cuer S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 94/101 y 104/106) contra la sentencia de fecha 9/4/2014 (fs. 86/88) por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja que su parte oportunamente dedujera.

2. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no contestó el traslado conferido (ver fs. 112).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por Argen-Cuer S.A. debe ser denegado, en tanto no se encuentran reunidos los recaudos que habilitan la instancia excepcional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 14 de la ley 48.

2. El pronunciamiento a cuya revisión aspira ahora la firma recurrente consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque no se había logrado rebatir los fundamentos en que se había basado la Cámara de Apelaciones para no conceder el recurso de inconstitucionalidad deducido por Argen-Cuer S.A.

Debe aplicarse al caso la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos resultan ajenas, como principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos*, 306:885; 308:1577; 311:100; 329:4775; entre muchos otros).

3. A lo apuntado se suma que la parte recurrente se limitó a reiterar consideraciones formuladas en presentaciones anteriores, sin hacerse cargo de rebatir los concretos fundamentos brindados por este Tribunal para rechazar su queja (fundamentalmente, la ausencia de crítica concreta del núcleo central del pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones). En tales condiciones el recurso no puede ser concedido ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en su constante jurisprudencia que “el recurso extraordinario federal es improcedente si no cumple con el requisito que exige el art. 15 de la ley 48 y para ello es preciso que el escrito en que se lo dedujo contenga una crítica concreta y razonada de todos los argumentos en que se apoya el fallo que se impugna” (*Fallos*, 314:1440, entre muchos otros).

4. Además, la impugnación deducida por la recurrente no se dirige contra una sentencia definitiva, como lo exige el art. 14 de la ley 48. La resolución impugnada fue dictada en el marco de una *ejecución fiscal*, por lo que resulta aplicable al caso la reiterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual, como principio, no constituyen sentencias definitivas las decisiones dictadas en juicios ejecutivos, debido a la posibilidad que asiste a las partes de plantear nuevamente sus derechos (*Fallos*, 270:117; 276:169; 308:1230; 311:1724, entre otros).

Argen-Cuer S.A. señala que el pronunciamiento recurrido es definitivo porque “pone fin a la cuestión debatida en forma tal que esta no puede jurídicamente replantearse, dando término final al proceso” (fs. 94 vuelta).

Pero esa sola afirmación resulta insuficiente pues no se demuestra la imposibilidad de revisar las cuestiones que intenta ventilar en esta vía ejecutiva en juicio ordinario posterior; tampoco invoca y acredita que la decisión recurrida le genere un perjuicio de difícil o imposible reparación ulterior; ni, finalmente, demuestra que se encuentre en juego una garantía de naturaleza federal que no admita dilación en su tutela o restablecimiento.

En suma, Argen-Cuer S.A. no logra acreditar que la sentencia dictada por este Tribunal haga cosa juzgada material respecto del tópic principal que plantea (inexistencia de deuda), ni se vislumbra cuál es, concretamente, el perjuicio que la decisión impugnada le ocasiona, que permita equiparar el pronunciamiento recurrido a uno de carácter definitivo [conf. este Tribunal *in re*: “Telred Sudamericana S.A. s/ej. fisc. otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6729/09, sentencia de fecha 16/6/2010).

5. La arbitrariedad que le endilga la ejecutada a la decisión cuestionada y la genérica invocación de derechos, garantías y principios constitucionales que afirma conculcados (arts. 5°, 14, 17 y 18 C.N.) no autorizan —tal como lo tiene dicho el Alto Tribunal— a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo (*Fallos*, 304:749, 1717; 306:1679; 312:311; entre otros).

6. Tampoco puede tenerse por acreditada la gravedad institucional que la recurrente pretende introducir (fs. 99/100 vuelta), ya que constituye una invocación genérica que no logra demostrar que en el caso concreto se encuentren afectados principios institucionales básicos, o que la decisión recaída en estas actuaciones puede llegar a comprometer gravemente el interés general (*Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

7. Finalmente, la presentación de fs. 94/101 (y carátula de fs. 104/106) no reúne los extremos requeridos por los arts. 2°, 3° y 8° del reglamento aprobado por la Acordada n° 4/2007 de la CSJN.

En efecto, la recurrente omitió efectuar en la carátula (art. 2°) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i) y la cita de las fojas donde se las introdujo y mantuvo en las distintas instancias (art. 3° inc. b, véase fs. 105). Adviértase que, en relación a las “cuestiones planteadas” a que se refiere la carátula (fs. 105), la recurrente indica que ellas son “interpretación del art. 13 y 93 de la ley 11.683”, normativa totalmente desvinculada del tema que aquí se debate.

El escrito tampoco consigna (ni podía hacerlo por la condición de la cuestión decidida) “la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas” (art. 3°, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas (art. 3°, inc. e).

Además, el recurrente incumplió también con la carga de transcribir o adjuntar copia de las normas locales invocadas (art. 27 de la ley 265, citado a fs. 95 vuelta) y expresarse sobre su vigencia (art. 8°).

8. Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por Argen-Cuer S. A. Sin costas, atento a la falta de contestación del traslado de ley oportunamente conferido a la parte actora (art. 68, segundo párrafo del CPCCN).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. En los términos exigidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien las decisiones dictadas en los juicios ejecutivos no revisten el carácter de definitivas a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 308:1230; 311:1724, entre otros), podrán ser equiparadas a tales si el recurrente logra demostrar que aquellas le provocan un agravio de insusceptible reparación ulterior (*Fallos*, 313:899), impidiendo en el futuro de otra oportunidad procesal para hacer valer sus derechos (*Fallos*, 317:1400).

En este sentido, y coincidentemente con lo expresado por la Sra. Juez de trámite Dra. Ana María Conde, los argumentos presentados por la recurrente no son hábiles

para configurar el carácter definitivo —o asimilable a tal— exigido como presupuesto formal de admisión del recurso.

2. En lo relativo al planteo de arbitrariedad introducido por la presentante, debe repararse que “[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

Tal cual explica el máximo Tribunal Nacional, el referido causal tiene una aplicación restrictiva y excepcional, requiriéndose para su procedencia un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una decisiva carencia de fundamentación (*Fallos*, 300:535). De esta forma, deben verificarse los fundamentos normativos desarrollados en la sentencia impugnada, sin que corresponda a este Tribunal, como emisor del fallo, expedirse en relación con su mérito.

A mayor abundamiento, y toda vez que el pronunciamiento recurrido no reviste el carácter definitivo exigido por el art. 14 de la ley 48, resulta de aplicación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual, la invocación de arbitrariedad y la violación de garantías constitucionales, no supe la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos*, 308:1230).

3. Por lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Argen-Cuer S.A., sin costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 88, punto 2.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DLXXXIX - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GUANTAY, LUIS ALFREDO S/INFR. ART. 184: 5 DAÑOS (AGRAVADO POR EL OBJETO) C.P. (P/L 2303)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Flagrancia. Detención en flagrancia: régimen jurídico. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley

402 —Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad—. (*Voto del juez José O. Casás, al que adhiere la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

2. Si la sentencia recurrida efectúa una interpretación que se aparta de las reglas del debido proceso en el orden local, por exigir un control jurisdiccional no previsto para los casos de detención en flagrancia, no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido y debe ser dejada sin efecto, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte Suprema. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

3. La ley regula específicamente cuáles son los actos procesales que debe practicar cada uno de los intervinientes frente a un supuesto de privación de libertad *in fraganti* así como los lapsos temporales en que estos deben cumplimentarse, en miras a resguardar la garantía en juego (arts. 14 y 18 C.N., 13.1, CCABA). (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

4. En el orden local, el Ministerio Público Fiscal es el encargado de llevar adelante la investigación penal preparatoria mientras que los jueces tienen deber de contralor únicamente en las oportunidades y condiciones previstas por la ley. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

5. La detención de una persona en flagrancia, respetuosa de la normativa legal, debe observar los siguientes pasos: una consulta de la autoridad de prevención al fiscal, su ratificación, la práctica de determinadas medidas —si fueran necesarias— y la intimación al imputado en los términos del art. 161 del CPPCABA. Todo ello, con la mayor celeridad posible, en un plazo máximo de veinticuatro horas a contar desde la aprehensión, con noticia al órgano jurisdiccional que corresponda. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

Expte. SAPCyF n° 10.584/14 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Sra. Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpone recurso de queja (fs. 142/152) contra el auto de fs. 139/140 que declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad agregado a fs. 124/131. Este último remedio procesal estaba dirigido contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones que decretó la nulidad de la detención de Luis Alfredo Guantay y de todo lo actuado en consecuencia, por entender que no se habían respetado las disposiciones legales que exigen la efectiva participación del juez de garantías en la detención del inculcado en caso de flagrancia (fs. 118/122).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la fiscalía denunció que la decisión de la Cámara —que consideró equiparable a una sentencia definitiva porque impediría la continuación del proceso— había efectuado una interpretación arbitraria de los arts. 152 y 172 del CPPCABA, puso en crisis la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal y afectó el debido proceso. Asimismo, cuestionó que no se le había brindado la oportunidad de opinar sobre el planteo de nulidad de las actuaciones efectuado por el Defensor de Cámara ante la Alzada.

3. La Sala II declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad por falta de sentencia definitiva y ausencia de caso constitucional.

4. Al tomar intervención en este proceso, el Fiscal General Adjunto solicitó que se hiciera lugar a los recursos interpuestos por la Fiscalía de Cámara y, por entender que la resolución cuestionada mediante recurso de inconstitucionalidad debía ser descalificada como acto jurisdiccional válido, propició que se la declarara nula (fs. 156/157).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja, interpuesta ante el Tribunal en tiempo y forma, debe ser rechazada pues a través de ella se pretende la revisión de una sentencia que no es la definitiva ni puede ser equiparada a tal (art 27, ley 402).

2. El pronunciamiento de la Cámara objetado decretó la nulidad de la detención de Luis Alfredo Guantay y de todo lo actuado en consecuencia. Resulta aplicable, entonces, la constante jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que, por regla, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. este Tribunal *in re*: conf. “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—”, expte. n° 3338/04, resolución del 1°/12/2004, entre muchos otros).

3. Tampoco se han dado argumentos suficientes que autoricen a considerar que la decisión en cuestión pueda ser *equiparada* a una *sentencia definitiva*, con fundamento en las cláusulas constitucionales que se invocan. En suma, la resolución impugnada no pone fin al pleito ni impide su prosecución y no se ha demostrado que la decisión de la Cámara pueda generar, en cabeza del Ministerio Público Fiscal, un agravio de imposible o insuficiente reparación posterior. En ese sentido, la queja no logra poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Fernández Teodoro, Manuel s/infr. art(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 8753/12, resolución del 16/10/2012).

Al respecto, la recurrente se limita a señalar que “la nulidad de la detención del causante y de todo lo actuado en consecuencia (...) impide a este Ministerio Público Fiscal continuar impulsando el proceso y llevar el caso a juicio” (fs. 143 vuelta). Sin embargo, omite exponer las razones por las que resultaría imposible reanudar la investigación penal preparatoria sobre la base de otros elementos, máxime cuando la Cámara no estableció cuáles serían los actos que resultan nulos por conexión con aquel que fue anulado (art. 75, CPP).

4. Por lo dicho, propondré al Acuerdo *rechazar* la queja agregada a fs. 142/152. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución propuestos por el Sr. juez de trámite, José O. Casás, en su voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por los argumentos que desarrolla en su voto el señor juez de trámite, José O. Casás, y por los fundamentos que en sentido concordante expuse al emitir mi voto *in re* “Fernández” (expte. n° 8753/12, resolución del 16/10/12), al que remito en lo pertinente, corresponde rechazar la queja deducida por la Fiscalía de Cámara.

En concreto, cualquiera que sea el acierto o error de lo resuelto por el tribunal *a quo*, la Fiscalía de Cámara se ha limitado en sus presentaciones a denunciar de manera constante que el pronunciamiento impugnado, a través del recurso de inconstitucionalidad —esto es, aquel que la nulidad “del acta de procedimiento que materializa la

detención [del involucrado] (...) como de todo lo actuado en consecuencia” (fs. 121 vuelta)—, le provoca un gravamen de imposible reparación ulterior, en tanto le impide “continuar impulsando el proceso y llevar el caso a juicio” (fs. 143 vuelta y, en un sentido análogo, 124 vuelta, *in fine*). Sin embargo, cuanto menos en los términos en los que se ha planteado la discusión suscitada, aquella afirmación se muestra meramente dogmática e insuficiente para habilitar en el caso la intervención del Tribunal. En tal sentido, remarco que “los recursos, además de contener afirmaciones, deben desarrollar argumentos que de manera plausible las fundamenten” (in re, “GCBA c/Osvaldo Buzzetti”, expte. n° 2270/03, resolución del 11/6/2003).

En ese sentido, la Cámara entendió que la ausencia de “aviso” al juez de garantías (art. 152, CPP local), respecto de una detención en “flagrancia”, en la que —al parecer— había incurrido la Fiscalía tenía como consecuencia la descalificación de los actos iniciales del proceso; y, frente a tal conclusión, sobre la Fiscalía pesaba la carga de argumentar que no existiría ningún otro elemento sobre cuya base el proceso pudiera continuar. A su turno, aunque resulta posible conjeturar que la nulidad declarada —por haberse obviado la participación del órgano jurisdiccional en un acto procesal que, de acuerdo a la particular visión de la Cámara, resultaba imprescindible— podría significar un obstáculo para el ejercicio de la acción, lo cierto es que esa demostración tenía que ser concretamente explicada y, en el caso, no lo ha sido. Lo dicho, en suma, funda el rechazo de esta presentación directa.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue presentada ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33, ley 402) y por quien se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (ver, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del). Además, contiene una crítica concreta de la resolución apelada.

Los pronunciamientos que decretan nulidades procesales no constituyen, en principio, sentencia definitiva. Sin embargo, “...corresponde hacer excepción a esa regla [cuando] sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, se han dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal...” (CSJN, *Fallos*, 330:4909).

La sentencia recurrida efectúa una interpretación que se aparta de las reglas del debido proceso en el orden local, al exigir un control jurisdiccional no previsto para los casos de detención en flagrancia. Por lo tanto, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte Suprema, no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido y debe ser dejada sin efecto.

2. En autos, los jueces de Cámara resolvieron decretar la nulidad del acta de procedimiento que materializa la detención del imputado y de todo lo obrado en consecuencia.

Argumentaron que, al tratarse de un supuesto de detención por parte de la autoridad policial en flagrancia, el fiscal debió comunicar al juez dicha restricción de la libertad una vez que decidió “no hacer[la] cesar inmediatamente” (fs. 119 vuelta).

Advirtieron que el representante del Ministerio Público Fiscal no procedió de conformidad con esa directriz sino que ordenó la producción de diversas medidas hasta finalmente disponer el comparendo del imputado a la sede de la fiscalía a efectos de recibirle declaración a tenor del art. 161 del CPPCABA. Y Concluyeron que la detención —que se prolongó por aproximadamente catorce horas— “fue adoptada sin intervención jurisdiccional, lo que conlleva una violación de las disposiciones concer-

nientes a la intervención del juez, en los actos en que ella es necesaria” (art. 72, inc. 2º, del CPPCABA).

3. Por su parte, la impugnante denuncia afectación del debido proceso legal y de los principios de legalidad, acusatorio e imparcialidad (art. 13.1 CCABA), a la vez que considera arbitraria la sentencia por presentar una fundamentación aparente.

Esgrime que en tanto el art. 152 del código de forma únicamente prevé que el fiscal debe “dar aviso” al juez de la detención en flagrancia de un imputado y remite al procedimiento regulado en el art. 172, el control de legalidad de dicho acto permanece en el ámbito de disponibilidad propio del Ministerio Público Fiscal por un plazo máximo de veinticuatro horas, luego de las cuales, si no se requirió la prisión preventiva o se dispuso la libertad, podría el juez adquirir de forma plena sus facultades de contralor.

4. El planteo articulado por la Fiscalía en su recurso de inconstitucionalidad exige analizar el plexo normativo que regula los distintos supuestos de detención en el ámbito local así como las facultades otorgadas al Ministerio Público Fiscal y a los órganos jurisdiccionales frente a dichas circunstancias. Ello, a fin de determinar si la decisión emitida por la Cámara se ciñe a tales lineamientos.

El art. 4º del CPP local prescribe que el Ministerio Público Fiscal “...tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos lo requieran...”.

Luego, el art. 152 dispone que “en los casos de flagrancia la autoridad de prevención procederá a la detención de el/la imputada y consultará sin demora a el/la fiscal, quien deberá ratificarla o hacerla cesar. Si este/a la ratificara, dará aviso al juez/a, procediendo según lo establecido en el art. 172 y si considerara que debe cesar, e/la imputad/a será inmediatamente puesto en libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso”.

Por su parte, el art. 172 del mismo cuerpo legal establece —en lo que aquí resulta relevante— que “el/la fiscal solicita a el/la juez/a competente, por resolución fundamentada la detención de el/la imputado/a cuando exista peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso. Luego de haber intimado al imputado por el hecho, en el menor tiempo posible dentro de las veinticuatro horas, deberá resolver sobre la libertad del detenido, en forma irrestricta o bajo caución, u otra medida restrictiva que no implique privación de libertad, con conformidad de la defensa o solicitar audiencia para que el tribunal resuelva la prisión preventiva”.

En definitiva, la ley regula específicamente cuáles son los actos procesales que debe practicar cada uno de los intervinientes frente a un supuesto de privación de libertad *in fraganti* así como los lapsos temporales en que estos deben cumplimentarse, en miras a resguardar la garantía en juego (arts. 14 y 18 C.N., 13.1 CCABA).

5. Una interpretación armónica de las normas enunciadas permite afirmar que en el orden local, el Ministerio Público Fiscal es el encargado de llevar adelante la investigación penal preparatoria mientras que los jueces tienen deber de contralor únicamente en las oportunidades y condiciones previstas por la ley. Entonces, tras proceder a la detención de una persona en casos de flagrancia: *i*) la autoridad de prevención debe consultar al fiscal, sin demora, *ii*) el fiscal puede ratificar la detención o hacerla cesar; *iii*) en el primer supuesto, debe intimar al imputado por el hecho, en el menor tiempo posible, dentro de las veinticuatro horas, resolver sobre la libertad del detenido y poner en conocimiento de ello al juez; *iiii*) si hace cesar la detención, debe poner en libertad al detenido inmediatamente.

En síntesis, la detención de una persona en flagrancia respetuosa de la normativa legal debe observar los siguientes pasos: una consulta de la autoridad de prevención al

fiscal, su ratificación, la práctica de determinadas medidas —si fueran necesarias— y la intimación al imputado en los términos del art. 161 del CPPCABA. Todo ello, con la mayor celeridad posible, en un plazo máximo de veinticuatro horas a contar desde la aprehensión, con noticia al órgano jurisdiccional que corresponda.

Tales lineamientos fueron cumplidos en el *sub lite*.

6. En esas condiciones, el pronunciamiento emitido por la Sala II de la Cámara que declara la nulidad del acta de detención de Guantay y de todo lo obrado en consecuencia con fundamento en la ausencia de intervención del juez, queda alcanzado por la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte, pues incorpora un requisito que no exige la ley (*Fallos*, 334: 458), esto es, la comunicación inmediata al magistrado de la detención de una persona.

7. Por lo tanto, voto por *i*) admitir la queja, *ii*) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *iii*) revocar la sentencia de fs. 118/122 y devolver las actuaciones, ordenando que continúe el trámite de las mismas según el impulso que recibieren.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 142/152).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

El juez Luis F. Lozano no firma por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DXC - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN SLUSZKIEWICZ, ROMAN C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Reserva de la cuestión federal.

.....

Expte. SACAyT n° 9958/13 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Román Sluszkiewicz, por derecho propio y con el patrocinio de la Defensoría General, comparece por ante este Tribunal a manifestar que no recurrirá la sentencia de fs. 123/148.

Solicita que se "...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis.

y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de la especial situación de salud de la actora”.

Asimismo, manifiesta también que “...[P]rocede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado (...) [y] (...) [h]asta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme (...). De no ser así, y dada la situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría (...) nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento (...). Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa ‘Q. C. S. Y.’, sentencia del 24/4/2012”.

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. Téngase presente la reserva en los términos formulados por la accionante.

2. En cuanto a lo manifestado sobre la medida cautelar oportunamente decidida en las instancias de mérito nada corresponde resolver aquí, toda vez que dicho pronunciamiento, no fue materia de recurso ante este Tribunal.

Así lo voto.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de la especial situación de salud de la actora”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta “para brindar a la parte actora a un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 239/257 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Román Sluszkiewicz.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 126, punto 4.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DXCI - RENTERÍA, MARIO CLAUDIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RENTERÍA, MARIO CLAUDIO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Situación de vulnerabilidad. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional.

.....

Expte. SACAyT n° 9794/13 - 10/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mario Claudio Rentería interpuso queja ante este Estrado (fs. 1/16 vuelta) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad que dedujera contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, (fs. 169/172 de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa) que revocó la sentencia de grado que había hecho lugar a la acción deducida y, en consecuencia, rechazó el amparo interpuesto.

2. En el caso, el actor promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le otorgue una solución para acceder a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad. Pidió, además, que en el caso de otorgarse un subsidio, su monto le permitiera abonar íntegramente el costo del alojamiento y, si se abonaba en cuotas periódicas, que cada una de ellas fuera suficiente para solventar los gastos de su alojamiento hasta el cobro de la siguiente (fs. 1/31).

El GCBA contestó demanda y solicitó su rechazo (fs. 93/102).

3. El Sr. Juez de grado hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al GCBA que le otorgara al amparista la cobertura de una vivienda que contemplara sus necesidades

habitacionales, a través del medio que estimara más conveniente y, en caso de ser un subsidio, que este se encontrara en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades y le brindara el monto necesario para satisfacer su necesidad habitacional, mientras se mantuvieran las causas que habían dado origen al otorgamiento del subsidio. Ordenó también que colaborara con la parte actora en la búsqueda de soluciones alternativas para la superación de la crisis habitacional que atravesaba (fs. 116/119 vuelta).

Disconforme con lo decidido, el GCBA apeló y expresó agravios (fs. 138/143), que fueron contestados por la parte actora (fs. 145/152).

4. A su turno, la Sala II decidió “... admitir el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado. 2. Rechazar la acción de amparo incoada, sin costas (art. 14, CCABA)” (fs. 172).

Para así decidir, los jueces consideraron que la situación descripta por el demandante no había alcanzado el grado de excepción suficiente para considerarlo dentro del umbral necesario para acceder a la asistencia social pretendida en el caso, toda vez que, tras habérsele otorgado la medida cautelar en primera instancia, no hubieron indicios en autos de que hubiera efectuado acto alguno con el fin de superar su problema de salud. Entendieron, asimismo, que no estaba acreditada su situación de vulnerabilidad social (fs. 169/172).

5. En el recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio lugar a la queja mencionada, el actor centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso, los principios de legalidad, razonabilidad, congruencia, supremacía constitucional y el derecho a una tutela judicial efectiva. Ello así, en tanto consideró que la sentencia en crisis desconocía y cercenaba su derecho a la vivienda, conforme los estándares del derecho internacional. Calificó, entonces, de arbitrario el pronunciamiento atacado (fs. 177/194).

6. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició rechazar el recurso de queja articulado por el actor por considerar que no había demostrado la relación directa de lo decidido con la existencia de una cuestión constitucional suficiente, en tanto se limitó a enumerar la violación a diversas garantías constitucionales sin conectar dichos agravios con un motivo concreto de impugnación de carácter constitucional (fs. 31/33 vuelta, de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Corresponde rechazar la queja deducida a fs. 1/16, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el a quo haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y el voto del juez Lozano *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no había suscitado agravio del GCBA, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el *a quo* excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia [vgr., que el actor es un varón, que al momento de iniciar el pleito, en 2010, tenía 50 años

de edad, y que "...si bien estaría afectado por una 'tumoración nasal' (véase fs. 34), lo cual le traería aparejado trastornos respiratorios, no ha mediado actividad alguna por su parte tendiente a aportar elementos de convicción que permitan verificar que ha concentrado sus esfuerzos en superar dicha situación, a través de los carriles adecuados al efecto", véase fs. 170 de los autos principales]— colocaban o no al actor dentro de la clase "personas en situación de vulnerabilidad social" según la define el art. 6 de la ley 4036; ni por qué la pretensión recursiva del GCBA de que se revocara la sentencia de primera instancia y se rechazara el amparo no imponía establecer si la situación del actor generaba la obligación cuya titularidad el GCBA negaba.

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que "...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad" (fs. 191/191vta. de los autos principales) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial" y que "...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona" (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que, en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. el voto de los jueces Conde y Lozano *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'K.M.P. c/ GCBA s/amparo'" (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no viene controvertida.

4. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que el recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el *a quo* en el sentido de que "...[no está acreditado] por el demandante haber cumplido con la pauta aquí fijada para obtener el beneficio pretendido. Esto es, que haya realizado razonables esfuerzos para superar el estado de cosas que, según aduno oportunamente, lo colocaba en estado de vulnerabilidad social" (fs. 170 de los autos principales).

5. Finalmente, no permite variar la solución expresada que el actor hubiera acompañado, al deducir el recurso de inconstitucionalidad que esta queja vino a defender, copia de un certificado que daría cuenta, según el afirma, de que "[a]ctualmente, [su] situación de salud se encuentra agravada por una hernia inguinal izquierda, circunstancia por la cual requier[e] tratamiento quirúrgico..." (fs. 185 vuelta de los autos principales), puesto que no puso a los jueces de mérito en situación de poder resolver a ese respecto, al tiempo que omite explicar por qué su planteo no resultaría extemporáneo. Además de lo dicho, tampoco invoca que la inclusión de la constancia mencionada hu-

biera sido propuesta bajo los parámetros —y efectos— de un hecho nuevo en los términos del art. 293, CCAyT (conf. art. 28 de la ley 2145).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3º, de la CCABA y 27 de la ley 402).

2. La recurrente se agravia al considerar que el pronunciamiento dictado por la alzada afecta el *principio de congruencia*. Entiende que la Cámara se expide sobre su situación de vulnerabilidad sin que este punto fuera controvertido por la demandada al apelar.

Debe destacarse al respecto que la propia recurrente en su escrito de apelación —contra lo resuelto en primer instancia— se agravia por el alcance de la decisión adoptada, y alega que la misma “...no refleja lo verdaderamente pretendido [por su parte]” (fs. 132 vuelta).

Se queja por cuanto el sentenciante “...luego de desechar la alternativa del parador como constitutiva de una solución habitacional acorde a lo pretendido, considera que dadas mis características particulares, el Estado local deberá cumplir en mi caso en materia habitacional con el mínimo exigible, es decir, con la cobertura de una vivienda donde *habitar*; la que podría ser brindada válidamente mediante el otorgamiento de un cupo en un hogar estable ...” (fs. 132 vuelta y 133).

Estas afirmaciones necesariamente habilitan la interpretación normativa respecto de la situación de vulnerabilidad social en la que pudiera encontrarse la actora —conf. art. 6 ley 4036— a efectos de determinar si la solución adoptada se ajustaba a derecho, motivo por el cual, el planteo referido a la congruencia debe ser desestimado, toda vez que no se alcanza a demostrar acabadamente que los jueces de Cámara hubieran fallado por fuera de lo pretendido. En tal sentido, también deben ser desestimados los planteos ventilados en el punto IV.4 de la queja (fs. 6).

3. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad la mayoría de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó *que* “...en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen (como la ley 4036 y del dec. 690/06 y sus modificatorios) todas ellas de carácter infraconstitucional. [agregando que] las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados [por la actora] no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionados en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada” (fs. 209 vuelta de los autos principales).

Efectivamente, los planteos formulados por la actora en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

4. En cuanto a la presentación de la documental obrante a fs. 176, y a las manifestaciones vertidas por la actora en torno a que su situación de vulnerabilidad se vería

agravada por padecer de una hernia inguinal (véase fs. 185 vuelta), debe destacarse que no surge de las constancias de autos que el planteo haya sido oportunamente ventilado como hecho nuevo —art. 293 del CCAyT—, motivo por el cual, nada corresponde resolver al respecto.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —v. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros—.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada, que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una sentencia fundada en ley, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

5. Por las consideraciones expuestas, deviene abstracto tratar aquí la cuestión atiene a los efectos del recurso, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja interpuesta por la actora a fs. 1/16 debe ser rechazada.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, pues el recurrente no ha logrado acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCABA.

2. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento.

En este sentido, la actora no ha logrado evidenciar que los jueces de la causa hayan fallado por fuera de lo pretendido por el GCBA, en la medida que la demandada oportunamente resistió la condena impuesta, ni ha demostrado que los magistrados intervinientes hayan introducido cuestiones ajenas a la *litis* para arribar al decisorio que la agravia.

En suma, tal como afirma la jueza Ana María Conde, en este punto no se ha demostrado que, en virtud de la pretensión recursiva incoada por la demandada, la alzada haya extralimitado su jurisdicción apelada al examinar la situación del actor a la luz de las normas vigentes en la materia y arribar así a una solución distinta a la propiciada por la primera instancia.

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6 de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron que “[d]e la prueba producida en la causa no surge que el actor se encuentre en el estado de vulnerabilidad social necesario como para acoger su pretensión ... [ni que] haya reali-

zados razonables esfuerzos para superar el estado de cosas que, según adujo oportunamente, lo colocaba en estado de vulnerabilidad social” (fs. 170 de los autos principales).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación del accionante, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (vgr. la ley 4036), a partir de la ponderación de las constancias de la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaran los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, tal como destaca mi colega Conde, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E.

M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales¹² (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros).

En suma, coincido con mi colega Ana María Conde en que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo respetar, según las circunstancias valoradas por los jueces de mérito, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho del accionante, a partir de la circunstancia novedosa que informó recién al interponer el recurso de inconstitucionalidad que se intenta sostener con la queja bajo examen, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

¹² En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido a el contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Girolidi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurí-

dica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹³

¹³ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se disponga para *lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efec-*

esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho". "Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

tividad de los derechos aquí reconocidos” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁴ o “Sejean”¹⁵ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

6. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

¹⁴ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁵ *Fallos*, 308:2268 (1986).

En la causa “Tolozá” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula elegida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable, ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho,¹⁶ los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual el Sr. Rentería no reuniría suficientes des-

¹⁶ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

gracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de un hombre de 40 años nacido en Salta, que no cuenta con estudios secundarios completos, que está afectado por problemas de salud —y que la situación que pretende remediar con la demanda de autos dificulta su tratamiento—, que carece de toda contención familiar o social y se sostiene con los exiguos ingresos que obtiene en la economía informal. Al señalar que el actor “no ha demostrado de manera alguna verse impedido de laborar” (nótese que el amparista, en su presentación, de hecho relató los variados trabajos que realiza), los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la edad, el ser un migrante interno, la limitada instrucción y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

8. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demanda-

da procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *b)* revocar la sentencia impugnada y, *c)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Mario Claudio Rentería.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DXCII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN CABEZAS, JUAN C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAyT n° 9778/13 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Juan Cabezas fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 138/158 vuelta.

Mediante el escrito de fs. 163/164 comparece a manifestar que no recurrirá la sentencia y solicita que se "...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud. / El concepto de 'alojamiento' se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que, eventualmente, se suscite a partir de las propuestas que debe hacer el GCBA, de acuerdo a la condena dispuesta y de sus obligaciones para garantizar el derecho a la vivienda. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías cuando se dé la respuesta a cómo se concreta mi derecho a la vivienda reconocido por el Tribunal".

Además el actor afirma que “...dado nuestro grado de discapacidad, frágil estado de salud y las características singularísimas de nuestra enfermedad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado. / (...) Hasta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme, y por lo tanto la obligación del demandado debidamente cumplida, la manda cautelar debe continuar vigente. De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios -y escasísimos- recursos. Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa ‘Q. C. S. Y.’, sentencia del 24/4/2012”.

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta “para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

Téngase presente la reserva en los términos formulados por la accionante.

En cuanto a lo manifestado sobre la medida cautelar oportunamente decidida en las instancias de mérito nada corresponde resolver aquí, toda vez que dicho pronunciamiento no fue materia de recurso ante este Tribunal.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 138/158 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Juan Cabezas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 139, punto 4.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DXCIII - MEOZZI, NORMA MERCEDEZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MEOZZI, NORMA MERCEDEZ C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Existencia del agravio. Gravamen actual: improcedencia. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

.....

Expte. SACAyT n° 10.213/13 - 10/10/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Norma Mercedes Meozzi por su propio derecho —y en representación de su hija menor—, y Fernando Ezequiel Meozzi, también por propio derecho, inician acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA). Pretenden —en lo que aquí corresponde reseñar— tutela jurisdiccional para que se posibilite una solución “...que (...) [les] permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad preservándose la integridad familiar, por lo que, en caso de que la solución a brindarse sea un subsidio, este [les] (...) permita abonar en forma íntegra el valor de un lugar de las características descriptas precedentemente (...) y hasta tanto persista [su] situación de emergencia (...)” (véase fs. 1/58 expte. EXP 33232/0, al que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, salvo indicación expresa).

2. La sentencia de primera instancia hace lugar a la acción y ordena al GCBA que mantenga las prestaciones previstas en el dec. 960/08 o el plan asistencial que lo sustituya o extienda en el futuro, o bien otorgue los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergen-

cia habitacional hayan desaparecido. Asimismo declara la inconstitucionalidad de art. 5 del dec. 690/06 y modificatorios (fs. 188/198).

3. El GCBA apela la decisión y expresa agravios (fs. 207/213). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo rechaza el recurso de apelación deducido por el GCBA, aunque revoca: *i*) la procedencia de la acción ventilada respecto de Fernando Ezequiel Meozzi, y *ii*) la declaración de inconstitucionalidad *supra* referida.

Para así resolver, los magistrados ponderan —sustancialmente y en lo que aquí corresponde destacar— que Norma Mercedes Meozzi (42 años) y su hija (16 años), habían acreditado en la causa encontrarse en una situación de extrema vulnerabilidad social. No obstante, respecto de Ezequiel Meozzi (25 años), destacan que ya no convivía con su grupo familiar, ni se habían acreditado a su respecto —mínimamente— elementos que permitieran considerar que se encontrara en la misma situación que el resto de su familia, así como tampoco que estuviera incapacitado para trabajar siendo mayor de edad (fs. 283/285).

Con relación al planteo de inconstitucionalidad arriba aludido, los magistrados señalan que “...en atención al modo en que se resuelve no resulta necesaria la declaración (...) efectuada en la instancia de grado para dar adecuada solución al conflicto de marras.” (fs. 284 vuelta).

4. Contra este pronunciamiento la actora interpone recurso de inconstitucionalidad (fs. 291/306). Centra sus agravios señalando que en el caso se presenta una cuestión constitucional a resolver, en tanto lo decidido conculca su derecho a la vivienda, el derecho de las personas con discapacidad y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 bis, 16, 75 inc. 22 y arts. 11, 12, 17, 18 y 31 de la CCABA); argumenta que “...*resulta absolutamente irracional y contrario a derecho que una persona incorporada de manera reciente al mundo adulto, cuya situación de vulnerabilidad —por pertenecer a un grupo familiar de estas características— ha quedado acreditada en el expediente, resulte expulsado del seno familiar al que afectiva y materialmente aún pertenece...*” (fs. 297 destacado en el original).

Plantea además a fs. 307/322 recurso de aclaratoria y recurso de inconstitucionalidad en subsidio. En esta última presentación alega que “...la confirmación de la sentencia y declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06 y modificatorios *son complementarios*” (fs. 306 vuelta, destacado en el original); y tacha al decisorio de confuso y contradictorio por la forma en que fue resuelto. Finalmente, el co-actor Fernando Ezequiel Meozzi desiste de la acción (fs 353).

5. La Sala II —en lo que aquí es dable referir— rechaza el recurso de aclaratoria. Para así resolver los magistrados destacan que lo decidido a fs. 283/285 resultaba claro y lo solicitado excedía el objeto del pretendido recurso (fs. 324).

Por otra parte la Asesoría Tutelar ante la Cámara opina que debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora toda vez que “...la resolución recurrida garantiza los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado” (fs. 337 vuelta).

6. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad intentado por las co-actoras, la Sala II lo declara inadmisibile (fs. 356/357). Los magistrados consideran que no existe un caso constitucional por cuanto la sentencia en crisis se había circunscripto a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales. Destacan que el recurso interpuesto “...solo discute el acierto de las conclusiones a que ha arribado el tribunal sobre la base del desarrollo fáctico y jurídico expresado” (fs. 357), motivo por el cual,

las garantías y los derechos y principios constitucionales invocados no logran vincularse exitosamente con lo decidido.

7. Frente a lo resuelto la actora deduce recurso de queja (fs. 2/11 de la queja). Sostiene que los fundamentos esgrimidos por la Sala II para denegar su recurso de inconstitucionalidad resultan dogmáticos, arbitrarios y carentes de argumentación suficiente.

Afirma que la sentencia atacada afecta su derecho a la vivienda y a la salud integral, así como a la tutela judicial efectiva. Destaca que se encuentran en debate la interpretación y alcance de normas de rango constitucional —arts. 20 y 31 de la CCABA y arts. 14 bis, 18, y 75 inc. 22 de la C.N.

Asimismo plantea que —tal como lo afirmaran oportunamente— la decisión adoptada “...podría implicar en los hechos una limitación temporal y cuantitativa de las obligaciones de la demandada a los estrictos términos del art. 5° del dec. 690/06 ...”, lo que conecta la cuestión constitucional con relación directa e inmediata sobre el tema decidido (fs. 4 de la queja).

8. La Fiscalía General propicia el rechazo de la queja articulada por la actora (fs. 166/169 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional en esta instancia (arts. 113, inc. 3, de la CCABA y 27 de la ley 402).

Al resolver el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que fueron tratadas todas las cuestiones de hecho y prueba así como las relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso, señalando que “...las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; [y agregando que] no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada.” (fs. 357).

Los planteos formulados por la apelante *supra* referidos remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y conc.)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

La actora se agravia por el límite temporal y cuantitativo sobre los emolumentos otorgados solicitando se declare la inconstitucionalidad de las normas que así lo determinan.

Al respecto, y al margen del análisis de las particularidades procesales que refleja la sustanciación de la causa sobre la cuestión, debe ponderarse que la sentencia —firme— de primera instancia, no establece límite temporal alguno sobre el otorgamiento del subsidio que ordena pagar, y remite a su vez también, entre otras opciones alternativas, al otorgamiento de cualquier otro plan “...o bien los fondos suficientes para

acceder a un alojamiento adecuado hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional (...) han desaparecido (...).” (fs. 198 del ppal.) .

En esta inteligencia, el agravio por la limitación temporal deviene inexistente —por no resultar concretamente aplicable en este caso—, y el agravio por la limitación del *quantum* otorgado, presentado en forma meramente potencial —frente a los términos amplios en que quedó resuelta la controversia sobre el punto—, revela lo conjetural del planteo, sellando la suerte de la pretensión en este aspecto y en esta instancia.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —v. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mi colega preopinante en que la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. Los distintos planteos que la recurrente pretende mantener ante este Estrado son aquellos esgrimidos contra la decisión de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que, si bien confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo —ordenando al GCBA “que mantenga las prestaciones previstas en el dec. 690/06, modificado por su similar 960/08, o el plan asistencial que lo sustituya o lo extienda en el futuro o bien los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado” (fs. 82/92)—, revocó la decisión de grado que había declarado la inconstitucionalidad del art. 5º del dec. 690/06 por entender que esta no resultaba necesaria “para dar una adecuada solución al conflicto”. La accionante entiende que así el decisorio recaído en autos lesiona de manera flagrante sus derechos constitucionales a la vivienda, a la salud, a la igualdad y a una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, más allá del acierto o error de la sentencia impugnada, coincido con mi colega cuando señala que la interesada no ha acreditado que ese pronunciamiento le genere un gravamen concreto y actual, en la medida en que las distintas formulaciones, que expresan que con lo resuelto se pondría en riesgo su derecho a la vivienda y a la salud integral, remiten al plano de lo conjetural o hipotético.

3. Por lo demás, me permito añadir que, en la medida en que en estos procesos en los que se persigue el control judicial de la asistencia estatal en materia habitacional existen diversos aspectos que no quedan alcanzados por la cosa juzgada material —pues la existencia y alcance de la obligación en cabeza del GCBA depende de las peculiares circunstancias de los sujetos beneficiarios, muchas de ellas mutables en el tiempo—, ciertas cuestiones podrán ser replanteadas por ambas partes atendiendo a esas circunstancias sobrevinientes y concretas; por ser dinámicos los presupuestos fácticos a tener en cuenta para brindar la protección que acuerdan las normas vigentes. En ello reside la necesidad imperiosa de ajustar la sentencia a la situación acreditada ante

los jueces de la causa y en ello también reside parte del desafío que representa para el Poder Judicial la problemática vinculada a la exigibilidad y extensión de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma, no obstante, no podrá prosperar, toda vez que los agravios expresados por la actora no logran rebatir adecuadamente el motivo que tuvo en cuenta la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la ausencia de una cuestión constitucional.

2. La Sala II confirmó, con respecto a la coactora Norma Mercedes Meozzi y su hija, la sentencia de grado que había ordenado al GCBA que mantenga las prestaciones previstas en el dec. 960/08 o el plan asistencial que lo sustituya o extienda en el futuro, o bien otorgue los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional hayan desaparecido, y la revocó en cuanto había declarado la inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06.

La Cámara fundó esa decisión en el art. 6 y ss. de la ley 4036, entendiendo que la actora y su hija se encontraban en situación de vulnerabilidad social y cumplían con los requisitos para acceder a las prestaciones económicas previstas.

3. En su recurso, la actora no muestra que la decisión de Cámara que viene objetando, haya arribado a una solución distinta que la de primera instancia, por ella consentida.

Por ello, corresponde rechazar la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener. Este, sin embargo, no puede prosperar.

2. La Sala interviniente confirmó la sentencia de primera instancia que fuera favorable a la amparista, con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, modificado por el dec. 167/11, la que revocó. Para así decidir, los jueces *a quo* afirmaron “[q]ue, finalmente, en atención al modo en que se resuelve no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la instancia de grado para dar una adecuada solución al conflicto de marras” (fs. 118 vuelta).

La decisión de la Cámara mantuvo incólumes los términos de las prestaciones dispuestas por la sentencia de primera instancia a favor de la amparista. Conviene recordar que la sentencia confirmada por la Sala II había ordenado al GCBA garantizar a la parte actora un alojamiento adecuado mientras perduren las circunstancias que habían motivado su demanda.

Más allá del acierto o error del modo en que la Cámara fundó su decisión, lo cierto es que esta se adecúa al alcance que corresponde acordar al derecho de acceso a una vivienda adecuada, para el que no cabe fijar otro límite que el que surge de su satisfacción total, hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta es la opinión que manifesté ya en precedentes como “Tolosa, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de agosto de 2006; la que mantuve en *leading cases* como “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de mayo de 2010 y “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de julio de 2010, y

que mantengo en decisiones recientes como “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de abril de 2014.

La concordancia de la sentencia de segunda instancia con la interpretación amplia del derecho involucrado que siempre he propiciado, me lleva a confirmarla.

3. Por las razones expuestas, voto por hacer lugar al recurso de queja interpuesto por la Sra. Norma Mercedes Meozzi, y rechazar su recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Norma Mercedes Meozzi

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Luis F. Lozano no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DXCIV - PAGLIARI, ALDO JAVIER S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN PAGLIARI, ALDO JAVIER C/GCBA Y OTROS S/AMPARO¹⁷

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Cuestión no constitucional. Cuestión de derecho común. Empleo público. Concurso de cargos. Profesionales de la salud. Carrera Municipal de Profesionales de la Salud: régimen jurídico. Función de conducción. Facultades de la administración. Cuestión política. Razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

.....

Expte. SACAyT n° 9867/13 - 10/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

I. El señor Aldo Javier Pagliari —de profesión psicólogo y con el patrocinio letrado del Dr. Ramiro Sánchez Correa, Defensor Oficial ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— interpone acción de amparo (fs. 20/29 vuelta y ampliación de fs. 30/31 vuelta) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA). Solicita: *i)* se deje sin efecto la directiva ministerial impartida por nota n° 2011-00953346-MSGC; *ii)* se ordene su inclusión en el concurso para la selección interna del cargo de Jefe/a de la Unidad del Centro de Salud y Acción Comunitaria n° 20; y *iii)* se dejen sin efecto “...*todos aquellos actos realizados en el marco de dicho concurso que fueron*

¹⁷ *Nota del editor:* Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 27/3/2014, en los autos “Restuccia, Adriana Noemí y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Restuccia, Adriana Noemí y otros c/GCBA y otros s/amparo”, expte. n° 9803/13, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2014/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 765.

llevados a cabo a partir de la convocatoria y ejecutados sin intervención del suscriptor” (fs. 30 vuelta, destacado en el original).

2. El GCBA contesta demanda (fs. 32/43 vuelta). Argumenta sustancialmente: *i*) que la vía de la acción de amparo resulta improcedente por existir otros medios judiciales más idóneos y por no existir arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte del GCBA; *ii*) que la Ordenanza n° 41.455 otorga facultades al Poder Ejecutivo para delinear la especialidad y profesión del cargo concursado en atención a las competencias previas que —en el caso particular— habían sido determinadas a partir de la derogación del dec. 316/2006; y *iii*) que la Nota n° 2011-00953346-MSGC fue emitida por el Ministro de Salud de la CABA dentro del marco de facultades conferidas por la precitada Ordenanza n° 41.455, por el dec. 251/2011 y por la Constitución local.

3. El juez de primera instancia rechaza la acción e impone las costas en el orden causado (fs. 44/44 bis). Afirma en su sentencia que la parte actora no había logrado demostrar un obrar manifiestamente ilegítimo por parte de la Administración al determinar la exigencia impugnada.

4. La parte actora recurre la sentencia (fs. 45/57). Manifiesta que la decisión atacada: *i*) sustituye la falta de motivación de la medida; *ii*) no ejercita un verdadero control de constitucionalidad; *iii*) se centra en el análisis de los márgenes de actuación del Poder Ejecutivo local sin profundizar el examen de los derechos constitucionales afectados; *iv*) le niega tutela judicial efectiva, coarta su derecho a trabajar, a la igualdad y a la no discriminación, y *v*) no resulta coherente con el criterio *pro homine* imperante en el derecho internacional de los derechos humanos.

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, resuelve: “[r]echazar el recurso intentado y confirmar la sentencia de grado, sin costas, en atención a lo dispuesto en el art. 14 de la CCABA...” (fs. 59/61 vuelta). El voto mayoritario considera que no se verifica ilegalidad manifiesta en el proceder de la Administración; que la Nota n° 2011-00953346-MSGC se sustenta razonablemente en el marco de lo dispuesto por el art. 10 de la Ordenanza n° 41.455, y que en consecuencia, se aprecian claramente las facultades administrativas para diseñar el perfil del cargo concursado de conformidad con las funciones descriptas en el Anexo II del dec. 281/11.

6. Contra lo resuelto la parte actora interpone recurso de inconstitucionalidad (fs. 62/91). Sostiene básicamente que el pronunciamiento de la Cámara: *i*) vulnera el principio de legalidad y supremacía constitucional en tanto inaplica la pirámide jurídica consagrada por nuestra Carta Magna; *ii*) al dejarla fuera de la posibilidad de concursar por un cargo que venía ocupando bajo una exigencia irrazonable, conculca también su derecho a trabajar y a acceder a la función pública, a la igualdad, a la no discriminación y a obtener tutela judicial efectiva en el caso; *iii*) se aparta de lo establecido en la Ordenanza n° 41.455; *iv*) suple la falta de motivación del acto administrativo atacado, y *v*) convalida una distinción arbitraria basada en el prejuicio de que la profesión de médico guarda prevalencia sobre las restantes. Califica la sentencia como arbitraria y afirma que la cuestión reviste gravedad institucional por la trascendencia de la cuestión debatida.

7. La Cámara deniega el recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/15 vuelta). Afirma que la presentación: “...abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 15 vuelta).

8. Frente a la denegatoria la parte actora presenta queja ante el Tribunal (fs. 1/9 vuelta). Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia el rechazo del recurso por ausencia de caso constitucional, falta de crítica del auto denegatorio y por no configurarse un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 95/96 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

El recurso de queja ha sido articulado en debido tiempo y forma pero no puede prosperar. Los reparos de la recurrente no trasuntan más que meras disconformidades sobre la interpretación de normas infraconstitucionales —la Ordenanza 41.455, el dec. 281-GCBA-2011 y nota 2011-00953346-MSGC—, sin lograr rebatir concreta y razonadamente los fundamentos vertidos por el *a quo* en la denegatoria de su recurso acreditando una genuina cuestión constitucional (art. 113.3 CCABA) o federal (véase *Fallos*, 311:2478) en la causa.

La sentencia de la Sala II afirma que no se aprecia ilegalidad manifiesta en el proceder de la Administración con sustento en una interpretación posible de lo establecido por el art. 10 de la Ordenanza 41.455. Esta norma, dispone que en los llamados a concurso para ingresar a la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud, la Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente “...deberá especificar la profesión y especialidad del cargo concursado...”.

Asimismo, el pronunciamiento atacado al confrontar las competencias específicas que corresponden al Jefe del Centro de Salud y Acción Comunitaria —según la descripción del perfil del puesto descrito en el dec. 281/2011 en sustitución de su similar 316/2006 con la Nota 2011-00953346-MSGC—, concluye que: “el Ministro de Salud de la Ciudad no ha sino dictado una disposición que se enmarca en su ámbito de lícita discrecionalidad de apreciación de los requisitos de idoneidad para la selección del personal más capacitado a los efectos de la prestación de servicios de salud encomendados, y que, a la postre, no puede tildarse irrazonable por vulnerar el derecho a trabajar y a la igualdad”.

Los argumentos expuestos por la recurrente *supra* referidos no alcanzan a desvirtuar fundadamente y con acierto el razonamiento central expuesto por el *a quo*, y por otra parte, la exigencia profesional requerida para el cargo, tampoco se presenta irrazonable o arbitraria frente al bloque normativo aplicable.

En esta inteligencia, entiendo aplicable al caso *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a la entidad de los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84 y 330:1095 entre muchos otros—. También debe recordarse aquí, que ese alto Tribunal tiene dicho que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada, también se presenta genérica e insustancial en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la Comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución —véase *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

En suma, los fundamentos vertidos en la sentencia de fondo atacada la sustentan como acto jurisdiccionalmente válido, y las críticas intentadas por la recurrente no al-

canzan a conmovier el rechazo del recurso intentado, configurando una cuestión constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

En consecuencia, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja interpuesta por la actora debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como he sostenido en una causa similar a la presente, “la valoración de cuál debe ser la profesión y especialidad exigible para asegurar la elección del personal más idóneo para desempeñar los cargos concursados, corresponde a la Administración Pública, y el Poder Judicial no puede revisar los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia tenidos en cuenta para ejercer esa prerrogativa, pues su eventual intervención debe limitarse exclusivamente a ponderar la legalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas. En otras palabras, no corresponde analizar y determinar por la vía judicial si la profesión que ostenta la actora asegura la misma idoneidad que la de médico para los cargos de autos, porque ello implicaría una invasión del Poder Judicial en atribuciones reservadas a la Administración Pública (conf. art. 104, inc. 9º, CCABA), que no han sido ejercidas en forma irrazonable” (conf. mi voto en “Restuccia, Adriana Noemí y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Restuccia, Adriana Noemí y otros c/GCBA y otros s/amparo”, expte. n° 9803/13, sentencia del 27/3/2014).

Por estos fundamentos y los expuestos por la Sra. Jueza de trámite en su voto, a los que me remito y adhiero, ante la inexistencia de un genuino caso constitucional corresponde rechazar la queja interpuesta por la actora.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La cuestión aquí debatida resulta sustancialmente análoga a la planteada *in re* “Restuccia, Adriana Noemí y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Restuccia, Adriana Noemí y otros c/GCBA y otros s/amparo”, expte. n° 9803/13, sentencia del 27 de marzo del corriente año.

En consecuencia, me remito a los fundamentos que desarrollara en aquella oportunidad —los que deberán ser incorporados como parte integrante de esta sentencia mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente— y, por ello, entiendo que corresponde rechazar la queja de la parte actora.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja:

1. La presentación directa (fs. 1/9 vuelta del expte. n° 9867) satisface la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402 y habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad (fs. 200/229 de los autos principales).

Recurso de inconstitucionalidad:

2. El escrito de fs. 200/229 de los autos principales contiene los siguientes agravios:

- a) Afectación de las garantías de tutela judicial efectiva y defensa en juicio.
- b) Vulneración de los principios de supremacía constitucional, legalidad, razonabilidad e igualdad.
- c) Transgresión de los derechos de trabajar y acceder a la función pública.

3. Anticipo que las afectaciones referidas en el punto 2 de este voto, tal como han sido expuestas, no superan (en el caso) el nivel de una mera discrepancia y no consti-

tuyen una impugnación sólida que, desde la óptica constitucional, alcance a refutar el fallo objetado.

4. Es oportuno recordar, en primer término, que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda (fs. 126/128 vuelta de los autos principales).

5. Como surge del punto 5 de los resultados del fallo del Tribunal, el eje argumental de la decisión recurrida giró en torno a la ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la decisión administrativa impugnada en la causa; esto es: la nota n° 2011-00953346-MSGC del Ministro de Salud, que dice: “para llamar a selección interna de los cargos de División, Programas y Centros de Salud o selección Salud Escolar, de acuerdo a lo determinado por el dec. 281/11, el suscripto en virtud de lo establecido en el art. 10 del régimen de concursos, determina que en ambos casos, la profesión en que deben revistar los concursantes será la de médico”.

6. El recurrente cuestiona la sentencia del tribunal superior de la causa con apoyo en los agravios que fueron mencionados en el punto 2 de este voto y en virtud de las razones que —a continuación— se detallan:

- a) “[E]l Ministro de Salud, mediante la nota [en cuestión] (...) ha incorporado una exigencia extraña que (...) [le] impide participar del concurso del cargo que revist[e] (...) hace más de diez años (...) [y que] no fue erigido como recaudo por las normas jerárquicamente superiores, en el caso, el dec. 281/11 y la ordenanza n° 41.455/86” (fs. 204 vuelta).
- b) La ordenanza n° 41.455 incluye en la Carrera de Profesionales de Salud a los psicólogos (hipótesis del actor). Por tanto, dichos profesionales se encuentran habilitados para desempeñarse como titulares transitorios, titulares interinos o reemplazantes en funciones de conducción, sin otras restricciones que las taxativamente prescriptas.

A partir de allí, el accionante concluyó en que se lo priva, de manera ilegítima, del derecho a la carrera y del acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

7. En atención al papel central que las normas citadas precedentemente juegan en la sentencia en crisis, habré de reproducirlas en lo pertinente:

Art. 10 de la ordenanza n° 41.455: “La Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente llamará a concurso para ingresar a la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud y para acceder a las funciones de conducción vacantes en las áreas Técnica Sanitaria y Técnica Administrativa y Asistencial indefectiblemente el primer día hábil del mes de junio de cada año. Si lo estimare necesario, podrá efectuar nuevo llamado en la fecha que considere oportuno. Asimismo, deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado, el establecimiento, el régimen horario, la fecha de apertura y cierre de la inscripción”.

Art. 4° del dec. 281/11: “Apruébanse las funciones de los Departamentos Área Programática de Salud, de la División Programas y Centros de Salud, de la Sección Salud Escolar, de los Centros de Salud y Acción Comunitaria, de la División Promoción y Protección de la Salud y de la Sección Control de Salud, las que como Anexo II, a todos sus efectos forma parte integrante del presente”.

Algunas de las competencias que enuncia el anexo II son:

- “1. Entender (...) en la implementación de políticas de salud destinadas a la comunidad escolar (...).

2. Propiciar la organizar (*sic*) los recursos físicos, humanos y materiales locales para una mejor atención de la población escolar.
3. Coordinar y planificar las actividades sanitarias locales.
4. Realizar tareas de docencia para la capacitación continua del equipo de profesionales de la Sección.
5. Propiciar el diseño de proyectos de investigación locales que permitan mejorar la calidad asistencial a través de un mejor diagnóstico situacional.
6. Elaborar el diseño de normativas, guías de atención y/o actividades propuestas desde el nivel central.
7. Articular con otros efectores de salud (...).
8. Supervisar la implementación de los controles de salud (...).
9. Supervisar el seguimiento del carnet de inmunización (...).
10. Organizar campañas de vacunación en su área según necesidad.
11. Llevar a cabo el asesoramiento de los docentes y padres ante situaciones sanitarias, tanto individuales como grupales (brotes, epidemia o endemia. (...)).”

8. Ahora bien, coincido con el recurrente en que las profesiones mencionadas en el art. 1 de la ordenanza n° 41.455 se encuentran comprendidas en la Carrera de Profesionales de Salud.

También comparto el criterio de que, para ciertos cargos, la ordenanza exige como requisito excluyente una profesión en particular.

Sin embargo, discrepo con la interpretación que formula del art. 10 de la ordenanza n° 41.455, en la que se fundan los supuestos agravios del recurso.

La circunstancia de que el accionante se encuentre incluido en la Carrera de Profesionales de Salud y que, consecuentemente, pueda —en principio— participar en concursos para acceder a cargos de jefatura no obsta a que, en aquellos casos en los que la ordenanza no dispone expresamente la profesión y especialidad que deben revistar los aspirantes, sea la autoridad pertinente quien lo disponga en mérito de las especificidades propias del cargo a cubrir y con sustento en el mencionado art. 10.

Por otra parte, no se advierte —aquí— un ejercicio irrazonable de una facultad discrecional por lo que la hermenéutica propuesta por la Cámara es constitucionalmente plausible.

Una vez rechazada la tesis de la ilegalidad, la argumentación de la impugnante queda reducida a una simple disconformidad —comprensible ante una sentencia que le resulta adversa— con el sentido que la Sala II diera a las normas infraconstitucionales aplicables a la situación que provoca el cuestionamiento del recurrente, pero no alcanza a plantear un caso constitucional (art. 27 de la ley 402).

9. Deviene innecesario expedirme sobre la invocada lesión de los derechos de trabajar y acceder a la función pública en condiciones de igualdad atento el análisis efectuado en los apartados precedentes.

10. Por fin, la cuestión debatida en la causa es análoga a las decididas por el Tribunal en los autos “Restuccia, Adriana Noemí y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Restuccia, Adriana Noemí y otro c/GCBA y otros s/amparo’”, expediente n° 9803, sentencia del 27/3/2014 y “Lobo, Alejandra Irene c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 10220, sentencia del 30/4/2014.

II. En virtud de las consideraciones expuestas, voto por: a) admitir formalmente la queja que dedujera el Sr. Aldo Javier Pagliari (fs. 1/9 vuelta del expte. n° 9867) y b) rechazar su recurso de inconstitucionalidad (fs. 200/229 de los autos principales).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por Aldo Javier Pagliari.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal el 27/3/2014 en los autos “Restuccia, Adriana Noemí y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Restuccia, Adriana Noemí y otros c/GCBA y otros s/amparo” (expte. n° 9803/13) como parte integrante del voto del juez José O. Casás.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Luis F. Lozano no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

“RESTUCCIA, ADRIANA NOEMÍ Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RESTUCCIA, ADRIANA NOEMÍ Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO”

Expte. SACAyT n° 9803/13 - 27/3/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Adriana Noemí Restuccia y Patricia Mónica Mancini promueven acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), a fin de que se deje sin efecto la directiva ministerial impartida por nota n° 2011-00953346-MSGC y se ordene su inclusión al concurso para la selección interna de los cargos de Jefe/a de la Sección Salud Escolar del Programa de Salud Escolar dependiente del Departamento Área Programática de Salud del Hospital General de Agudos “Dr. E. Tornú” y “Parmenio Piñeiro”. Asimismo, solicitan, a título de medida cautelar, que se ordene la suspensión de la referida directiva ministerial hasta tanto se haya dictado sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. (fs.1/11 de los autos principales, a los que corresponderá

la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

Relatan que Restuccia es odontopediatra y se desempeña como Coordinadora del Programa de Salud Escolar dependiente del Hospital General de Agudos “Dr. E. Tornú” desde el año 2006, y que Mancini es odontóloga y se desempeña como Coordinadora del Programa de Salud Escolar dependiente del Hospital General de Agudos “Parmenio Piñeiro” desde junio del 2001.

Explican que, tras el dictado del dec. 281/GCBA/2011, comenzó el proceso concursal para cubrir los puestos de conducción que ellas desempeñan y, a partir de la directiva impartida por el Ministerio de Salud mediante la nota que pretenden impugnar, se estableció que solamente podrá participar el personal profesional médico, encontrándose así imposibilitadas para concursar los cargos que ejercieron durante aproximadamente 6 y 10 años.

La Jueza de grado decide, con carácter precautelar, permitir la inscripción y recepción de antecedentes de la Sra. Restuc-

cia en el llamado a selección interna para cubrir el cargo de Jefe de Sección Salud Escolar dependiente del Hospital “Dr. E. Tornú” (fs. 56 y vuelta)

2. El GCBA contesta demanda (fs. 97/108 vuelta), critica la vía elegida por las actoras y sostiene que la Administración en ningún momento incurrió en una acción manifiestamente ilegítima ni vulneró derechos constitucionales de las amparistas.

3. La Sra. jueza de primera instancia admite la acción de amparo y ordena al GCBA que permita la inscripción y ulterior participación de las actoras en los concursos convocados para cubrir los cargos de Coordinadoras del Programa de Salud Escolar dependientes de los Hospitales de Agudos “Enrique Tornú” y “Parmenio Piñeiro” (fs. 162/166).

4. El GCBA apela y expresa agravios contra la sentencia (fs. 172/183), y las actoras contestan (fs. 188/198).

5. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, decide: *i*) Hacer lugar al recurso deducido por la demandada, revocar el decisorio de grado y, en consecuencia, rechazar el amparo deducido. *ii*) No imponer las costas de ambas instancias en tanto resultó vencida la actora y su conducta no ha sido declarada temeraria o maliciosa (art. 14, CCABA), (fs. 216/218 vuelta).

Para resolver de esta forma, el *a quo* entiende que no media una ilegalidad manifiesta en el proceder de la Administración al exigir que la profesión que deben revisar los concursantes sea la de médico, toda vez que las funciones que debe cumplir la Sección Salud Escolar están estrechamente relacionadas con la formación de los profesionales en medicina.

6. Contra dicha resolución, las actoras interponen recurso de inconstitucionalidad (fs. 232/258).

Afirman que se configura un genuino caso constitucional, toda vez que con-

sideran que la resolución atacada vulnera en forma directa, flagrante, manifiesta y grosera el principio de defensa en juicio y legalidad consagrado por los arts. 17, 18 y 31 de la C.N.; los arts. 12 y 13 de la CCABA, en tanto no aplica la pirámide jurídica perjudicando así el derecho a trabajar y de acceso a la función pública (art. 14 y 14 bis de la C.N.; art. 43 de la CCABA); el principio de igualdad de oportunidades para ser promovido sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (art. 7º, apartado c) del PIDESC); el principio de igualdad ante la ley e idoneidad como única condición de acceso a los cargos o empleos públicos (art. 16 de la Carta Magna), como así también sus derechos a la autonomía, a la dignidad y los arts. 10, 11 de la CCABA.

Fundan su recurso en la falta de aplicación del derecho vigente, toda vez que aducen que los jueces se apartan de lo establecido en el dec. 281/GCBA/11 y en la ordenanza n° 41455/86 para convalidar una irrazonable aplicación de una norma inferior —nota n° 2011-00953346-MSGC— estableciendo un requisito que no fue exigido por las normas superiores, originando así una lesión directa a sus derechos de participar en el concurso del cargo que revisten desde hace años.

En tal sentido, resaltan que si el juez decide la inaplicabilidad al caso de una norma vigente, debe necesariamente y bajo pena de nulidad, fundar su decisión, circunstancia que, según las actoras, no se presenta en la sentencia cuestionada.

Destacan, además, que el *a quo* realiza una interpretación errada del art. 10 de la Ordenanza 41455/86. Para ello explican que dicho artículo se ocupa de recordar a la autoridad de aplicación que hay un régimen que tiene que cumplir, que debe convocar a los concursos y suministrar la información necesaria para la correcta participación de los interesados, pero de ninguna forma indica que deberá determinar la profesión como requisito excluyente para la inscripción.

Por otra parte, manifiestan que el Jefe/a de la Sección Salud Escolar que en definitiva resulte designado, no va a desempeñar todas las funciones descriptas en el anexo del dec. 281/GCBA/2011, sino que las realizará un equipo interdisciplinario por él conducido y que ser médico no es garantía excluyente de idoneidad.

La parte demandada contesta el traslado y solicita el rechazo del recurso de inconstitucionalidad deducido por las actoras por inexistencia de cuestión constitucional al considerar que se trata de una mera disconformidad con el criterio jurídico asumido por la Cámara de Apelaciones (fs. 264/269).

7. Por su parte, la Sala I CAyT resuelve denegar el recurso de inconstitucionalidad, sin costas (fs. 271/272 vuelta).

Para así decidir considera que las actoras basan su recurso en una invocación genérica de disposiciones constitucionales sin lograr exponer, con fundamentación, claridad y precisión, un caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior.

8. Adriana Noemí Restuccia y Patricia Mónica Mancini interponen recurso de queja. (fs. 1/9 vuelta de la queja)

En su dictamen, el Sr. Fiscal General Adjunto propicia un pronunciamiento que rechace la queja (fs. 22/24 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo (ver fs. 273 vuelta de los autos principales expte. n° EXP 41973/0 y fs. 10 de la queja) y forma debida, sin perjuicio de lo cual no puede prosperar.

Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne ya que no logra rebatir el fundamento central por el cual la Cámara

denegó su recurso, es decir la ausencia de un caso constitucional.

2. El planteo recursivo de las actoras reside, esencialmente, en sostener que la exigencia de la profesión médica a los participantes del concurso de autos, impuesta mediante la nota n° 2011-00953346-MSGC y la disposición 2011-312-HGAT y convalidada por la sentencia de Cámara, implica una exigencia extraña que no fue contemplada y contradice las normas jerárquicamente superiores (dec. 281/11 y ordenanza 41.455/86), y que resulta irrazonable, lo cual ocasionaría una afectación concreta de distintos principios, derechos y garantías constitucionales.

Por su parte, la Cámara fundamentó su decisión de rechazar la demanda en la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en el accionar de la Administración, por considerar que el art. 10 de la ordenanza n° 41.455 le confería al Ministerio de Salud la facultad discrecional de determinar la profesión y especialidad del cargo a concursarse, y que en el caso concreto el ejercicio de dicha facultad no resultaba irrazonable habida cuenta que las funciones que debe cumplir la Sección Salud Escolar, mencionadas en el anexo II del dec. 281/11, están estrechamente ligadas con la formación de los médicos.

Como podemos apreciar, la impugnación efectuada por las actoras constituye una mera discrepancia con la forma en que la Cámara valoró determinadas normas legales infraconstitucionales (dec. 281/11 y ordenanza n° 41.455), y situaciones de hecho relevantes de la causa (en particular las funciones que deben cumplir los titulares de los cargos que se concursaban, y su relación con la formación de los profesionales en medicina). Ambas temáticas competen a los jueces de mérito y resultan ajenas, en principio, al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva extraordinaria, ya que el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos y derecho común cuya valoración resulta propia de los jueces de la causa.

Tampoco corresponde realizar una excepción a dicho temperamento por la vía de la “arbitrariedad de sentencia”, pues el fallo impugnado contiene fundamentos suficientes que permiten descartar la existencia de un error grosero que lo torne inválido. En tal sentido, la conclusión a la que arriba la Cámara, según la cual el Ministerio de Salud estaba facultado para determinar la profesión y especialidad del cargo a concursar, se fundamenta en una interpretación posible del art. 10 de la ordenanza n° 41.455 (norma que establece que, en los llamados a concurso para ingresar a la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud, la Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente “...deberá especificar la profesión y especialidad del cargo concursado...”), y por otra parte no se advierte un ejercicio irrazonable de dicha facultad discrecional, tal como ha afirmado el *a quo* en su sentencia.

En cuanto a esto último, cabe destacar que la valoración de cuál debe ser la profesión y especialidad exigible para asegurar la elección del personal más idóneo para desempeñar los cargos concursados, corresponde a la Administración Pública, y el Poder Judicial no puede revisar los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia tenidos en cuenta para ejercer esa prerrogativa, pues su eventual intervención debe limitarse exclusivamente a ponderar la legalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas. En otras palabras, no corresponde analizar y determinar por la vía judicial si la profesión de odontopediatra u odontóloga (que ostentan las actoras) asegura la misma idoneidad que la de médico para los cargos de autos, porque ello implicaría una invasión del Poder Judicial en atribuciones reservadas a la Administración Pública (conf. art. 104, inc. 9°, CCABA), que no han sido ejercidas en forma irrazonable.

3. En virtud de lo expuesto, podemos concluir que las actoras no logran conectar el agravio concreto que —afirman— le provoca la sentencia de Cámara,

con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCABA]”), expte. n° 3264/04, resolución del 23/5/2003). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios, derechos y garantías de índole constitucional.

Cabe recordar, al respecto, que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

En consecuencia, la queja planteada debe ser rechazada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con la solución que propicia mi colega Ana María Conde, consistente en rechazar el recurso de queja interpuesto por la parte actora en tanto no se ha logrado delinear un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3°, de la CCABA que habilite esta instancia de excepción.

En este sentido, si bien las recurrentes invocan la vulneración de diversos principios y derechos constitucionales (principios de defensa en juicio, de legalidad, y de igualdad e idoneidad como única condición de acceso a los cargos o empleos públicos, y derecho a trabajar, de acceso a la función pública, a la autonomía y a la

dignidad); lo cierto es que, en rigor, ellas cuestionan la interpretación de normas infraconstitucionales (en particular, el dec. 281/11 y la ordenanza n° 41.455/86) y su aplicación al caso, realizada por la Sala I, sin demostrar que la decisión adoptada por ese tribunal sea insostenible.

En efecto, las recurrentes cuestionan la validez de la nota n° 2011-00953346-MSGC —con sustento en la interpretación que ellas postulan del decreto y la ordenanza mencionados— pero no logran acreditar que la decisión de la Cámara —a partir de otra interpretación posible de esas normas— se aparte de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para apoyar sus sentencias en una materia que, por regla, resulta privativa de los jueces de la causa y que, por consiguiente, es enteramente ajena a la intervención de este Tribunal en la vía intentada.

En este punto, cabe recordar que este Tribunal ya ha dicho en numerosas ocasiones que “la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

2. Por otra parte, tampoco se configura un supuesto de arbitrariedad de sentencia pues la Cámara entendió que del art. 10 de la ordenanza n° 41.455 surge “la facultad del Ministerio de Salud a los fines de determinar la profesión y la especialidad del cargo a concursarse. Esto forma parte de sus facultades discrecionales y de su zona de reserva ... No se verifica ilegalidad o arbitrariedad manifiesta alguna en la decisión de que la profesión en que deben

revistar los concursantes ... sea la de médico, toda vez que las funciones que debe cumplir la Sección de Salud Escolar están estrechamente relacionadas con la formación de los profesionales en medicina” y las interesadas no acreditan fundadamente que esta interpretación, más allá del acierto o error, resulte palmariamente irrazonable.

En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja de la parte actora.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja

1. La presentación directa (fs. 1/9 vuelta) satisface la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402 y habilita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad (fs. 232/258).

Recurso de inconstitucionalidad

2. El escrito de fs. 232/258 contiene los siguientes agravios:

- a) Afectación de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.
- b) Vulneración de los principios de legalidad e igualdad.
- c) Transgresión de los derechos de trabajar y acceder a la función pública.

3. Anticipo que las afectaciones referidas en el punto 2, tal como han sido expuestas, no superan (en el caso) el nivel de una mera discrepancia y no constituyen una impugnación sólida que, desde la óptica constitucional, alcance a refutar el fallo objetado.

4. Es oportuno recordar, en primer término, que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso de apelación del GCBA, revocó el pronunciamiento de primera instancia y rechazó el amparo (fs. 216/218 vuelta).

5. Como surge del punto 5 de los resultados del fallo del Tribunal, el eje argumental de la decisión recurrida giró en torno a la ausencia de ilegalidad o arbitra-

riedad manifiesta en la decisión administrativa impugnada en la causa; esto es: la nota n° 2011-00953346-MSGC del Ministro de Salud, que dice: “para llamar a selección interna de los cargos de División, Programas y Centros de Salud o selección Salud Escolar, de acuerdo a lo determinado por el dec. 281/11, el suscripto en virtud de lo establecido en el art. 10 del régimen de concursos, determina que en ambos casos, la profesión en que deben revistar los concursantes será la de médico”.

6. Las recurrentes cuestionan la sentencia del tribunal superior de la causa con apoyo en lo agravios que fueron mencionados en el punto 2 y en virtud de las razones que —a continuación— se detallan:

a) “El Ministro de Salud, mediante la nota [en cuestión] (...) agrega una exigencia extraña en nuestro perjuicio que nos impide participar del concurso de los cargos que revestimos de hecho hace más de once y seis años (...) [y] que no fue erigido como recaudo por las normas jerárquicamente superiores, en el caso, el dec. 281/11 y la ordenanza 41.455/86” (fs. 236 vuelta).

b) La ordenanza n° 41.455 incluye en la Carrera de Profesionales de Salud a los odontólogos (hipótesis de las actoras). En consecuencia, se encuentran habilitados para desempeñarse como titulares transitorios, titulares interinos o reemplazantes en funciones de conducción, sin otras restricciones que las taxativamente prescriptas.

A partir de allí, las accionantes concluyeron en que se las priva, de manera ilegítima, del derecho a la carrera y del acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

7. En atención al papel central que las normas citadas precedentemente juegan en la sentencia en crisis, habré de reproducirlas en lo pertinente:

“*Art. 10 de la ordenanza n° 41.455*: “La Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente llamará a concurso para ingresar a la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud y para acceder a las funciones de conducción vacantes en las áreas Técnica Sanitaria y Técnica Administrativa y asistencial indefectiblemente el primer día hábil del mes de junio de cada año. Si lo estimare necesario, podrá efectuar nuevo llamado en la fecha que considere oportuno. Asimismo, deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado, el establecimiento, el régimen horario, la fecha de apertura y cierre de la inscripción”.

“*Art. 4° del dec. 281/11*: Apruébanse las funciones de los Departamentos Área Programática de Salud, de la División Programas y Centros de Salud, de la Sección Salud Escolar, de los Centros de Salud y Acción Comunitaria, de la División Promoción y Protección de la Salud y de la Sección Control de Salud, las que como Anexo II, a todos sus efectos forma parte integrante del presente”.

Algunas de las competencias que enuncia el anexo II son:

1. Entender (...) en la implementación de políticas de salud destinadas a la comunidad escolar (...).
2. Propiciar la organizar (*sic*) los recursos físicos, humanos y materiales locales para una mejor atención de la población escolar.
3. Coordinar y planificar las actividades sanitarias locales.
4. Realizar tareas de docencia para la capacitación continua del equipo de profesionales de la Sección.

5. Propiciar el diseño de proyectos de investigación locales que permitan mejorar la calidad asistencial a través de un mejor diagnóstico situacional.
6. Elaborar el diseño de normativas, guías de atención y/o actividades propuestas desde el nivel central.
7. Articular con otros efectores de salud (...).
8. Supervisar la implementación de los controles de salud (...).
9. Supervisar el seguimiento del carnet de inmunización (...).
10. Organizar campañas de vacunación en su área según necesidad.
11. Llevar a cabo el asesoramiento de los docentes y padres ante situaciones sanitarias, tanto individuales como grupales (brotes, epidemia o endemia. (...)).

8. Ahora bien, coincido con las recurrentes en que las profesiones mencionadas en el art. 1º de la ordenanza n° 41.455 se encuentran comprendidas en la Carrera de Profesionales de Salud.

También comparto el criterio de que, para ciertos cargos, la ordenanza exige como requisito excluyente una profesión en particular.

Sin embargo, discrepo con la interpretación que formulan del art. 10 de la ordenanza n° 41.455, en la que se fundan los supuestos agravios del recurso.

La circunstancia de que las accionantes se encuentren incluidas en la Carrera de Profesionales de Salud y que, consecuentemente, puedan —en principio— participar en concursos para acceder a cargos de jefatura no obsta a que, en aquellos casos en los que la ordenanza no dispone expresamente la profesión y

especialidad que deben revistar los aspirantes, sea la autoridad pertinente quien lo disponga en mérito de las especificidades propias del cargo a cubrir y con sustento en el mencionado art. 10.

Por otra parte, y como lo destaca la señora jueza de trámite —Ana María Conde— no se advierte, aquí, un ejercicio irrazonable de una facultad discrecional por lo que la hermenéutica propuesta por la Cámara es constitucionalmente plausible.

Una vez rechazada la tesis de la ilegalidad, la argumentación de las impugnantes queda reducida a una simple desconformidad —comprensible ante una sentencia que les resulta adversa— con el sentido que la Sala I diera a las normas infraconstitucionales aplicables a la situación que provoca el cuestionamiento de las recurrentes, pero no alcanza a plantear un caso constitucional (art. 27 de la ley 402).

9. Deviene innecesario expedirme sobre la invocada lesión de los derechos de trabajar y acceder a la función pública en condiciones de igualdad atento el análisis efectuado en los apartados precedentes.

10. En virtud de las consideraciones expuestas, voto por: a) admitir formalmente la queja que dedujeran Adriana Noemí Restuccia y Patricia Mónica Mancini (fs. 1/9 vuelta) y rechazar su recurso de inconstitucionalidad (fs. 232/258).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad articulados, pues las actoras acreditan que la decisión a cuya revisión aspiran no constituye una derivación razonada del derecho con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que impide considerarla una sentencia válida (conf. *Fallos*, 318:634, 323:832; entre muchos otros).

2. Con fundamento en la garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y en la doctrina de la arbitrariedad, las apelantes, de profesión odontólogas, controvierten la decisión de Cámara que resolvió revocar la sentencia de grado

—aquella que había ordenado al GCBA que procediese a permitir la inscripción y ulterior participación de las actoras en los concursos convocados para cubrir los cargos de Jefe/a de la Sección Salud Escolar del Programa de Salud Escolar dependiente del Departamento Área Programática de Salud de los hospitales “Tornú” y “Piñero”— y, en consecuencia, convalidar la directiva ministerial impartida por nota n° 2011-00953346-MSGC, aquí impugnada, con arreglo a la cual únicamente quienes revistieran la profesión de médicos podrían inscribirse en los concursos convocados por el dec. 281/11 para cubrir dichos cargos. Piden, en este sentido, que se deje sin efecto la directiva ministerial impartida por aquella nota n° 2011-00953346-MSGC y se ordene su inclusión al concurso para la selección interna de los cargos anteriormente reseñados.

Para así resolver, la Cámara entendió que “no [había] medi[ado] una ilegalidad manifiesta en el proceder de la administración” (fs. 217 vuelta del expte. 41973/0) pues, a su juicio, por un lado, el art. 10 de la ordenanza n° 41455 —en cuanto establece, para lo que aquí importa, que “[l]a Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente (...) deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado, el establecimiento, el régimen horario y fecha de apertura y cierre de la inscripción...” — faculta al Ministerio de Salud a determinar la profesión y la especialidad del cargo a concursarse, aspecto que, sostiene, formaría parte de sus facultades discrecionales y de su zona de reserva; y, por el otro, “las funciones que debe cumplir la Sección Salud Escolar [establecidas en el Anexo II del dec. 281/11] están estrechamente relacionadas con la formación de los profesionales en medicina” (fs. 218 del expte. 41973/0).

3. En el contexto reseñado, asiste razón a las recurrentes cuando esgrimen que este decisorio es arbitrario puesto, que la Cámara no esgrime argumento válido alguno del que pueda derivarse la solución

aquí objetada y, en cambio, aquel que desarrolla importa dar al precepto en crisis un alcance irrazonable.

3.1. En primer término, el art. 10 de la ordenanza n° 41455—regulatoria de la carrera municipal de profesionales de la salud—, en lo que aquí interesa, dispone lo siguiente:

Art. 10. — La Secretaría de Salud Pública y Medio Ambiente llamará a concurso para ingresar a la Carrera Municipal de Profesionales de la Salud y para acceder a las funciones de conducción vacantes en las áreas Técnica Sanitaria y Técnica Administrativa y asistencial indefectiblemente el primer día hábil del mes de junio de cada año. Si lo estimare necesario, podrá efectuar nuevo llamado en la fecha que considere oportuno. Asimismo, deberá especificar la profesión y la especialidad del cargo concursado, el establecimiento, el régimen horario, la fecha de apertura y cierre de la inscripción. (Conforme texto art. 1° de la Ordenanza N° 43.254, B. M. 18.463).

Ahora bien, lo que el *a quo* propone no es una interpretación posible de la norma, sino, en efecto, el desconocimiento de su contenido. Contrariamente a lo sostenido por la Cámara, no es posible advertir que de este precepto surja una facultad discrecional en cabeza de la Administración a los efectos de delinear la especialidad del cargo concursado y la profesión del mismo. En rigor de verdad, lo que hace es estipular los requisitos a especificar para la convocatoria a un concurso mas no está dirigida a facultar a la administración a limitar la concurrencia al mismo; y aun cuando se asuma que así lo hiciere, no se puede válidamente sostener que las invocadas facultades discrecionales del Ministro de Salud a los efectos de determinar cargos en los términos aquí cuestionados lo eximan del cumplimiento de los recaudos que

para todo acto administrativo exige la ley de procedimientos administrativos local (conf. el punto 3.2. de este voto). En esta línea, el tribunal de mérito, cuanto menos, debió haber dado razones para concluir *sin más* que “surge de esta normativa la facultad del Ministerio de Salud a los fines de determinar la profesión y la especialidad del cargo a concursarse” (fs. 218 del expte. 41973/0), toda vez que, reitero, a partir de su lectura, no surge de manera contundente, como entendió el *a quo*, que el artículo mencionado establezca la facultad discrecional en cabeza del Ministerio de Salud de determinar la exigencia aquí debatida. En este marco, establecido lo anterior, asiste razón a las apelantes cuando sostienen que “[e]l art. 10 de la Ordenanza, le recuerda a la autoridad de aplicación que hay un régimen que tiene que cumplir, que tiene que convocar a los concursos y que debe suministrar la información necesaria para la correcta participación de los interesados” (240 vuelta del expte. 41973/0), pues, como bien lo afirman, los requisitos profesionales de la convocatoria a concurso se encuentran fijados, según sea el caso, en la propia Ordenanza n° 41455.

En línea con lo anterior, la Ordenanza tiene, a los fines que nos ocupan, una jerarquía de ley que limita el obrar del PE (conf. art. 80 incs. 1 y 2 de la CCABA). Examinado su texto, se advierte, por lo pronto, que cuando el legislador consideró necesario contar con una profesión en particular para cubrir determinado cargo (vgr. en el *área técnica administrativa y asistencial*, revistar como médico para el cargo de Director y Subdirector y como odontólogo para el hospital de odontología; luego, en la *rama técnica administrativa*, revistar como médico para cubrir el cargo de Jefe de Departamento, División, Unidad o Sección del Sector de Urgencia, revistar como odontólogo para el Hospital de Odontología, revistar como médico para el área de Medicina, Cirugía, Materno Infantil y Consultorios Externos, revistar como profesional en la especialidad para el

área de Fonoaudiología y revistar en profesión que integre el área para el sector de Servicios Centrales de Diagnóstico y Tratamiento; finalmente, en la *rama asistencial*, revistar como médico para el cargo de Jefe de Guardia del Día, Unidad o Sección según correspondiere del sector de urgencia y como odontólogo para el Hospital de Odontología), expresamente así lo previó, no especificándolo para otros cargos como el aquí concursado (conf. art. 3.7.2.1 de la Ordenanza n° 41455 y fs. 240 del expte. 41973/0). Ello, aunado a que la de odontólogo es una de las profesiones que integran la carrera de profesionales de la salud (conf. art. 1.1 de la Ordenanza n° 41455), a cuyo respecto la regla es la paridad de condiciones para acceder a cualquier grado de conducción, con la excepción en aquellos supuestos en los cuales expresamente se designó determinada profesión —circunstancia esta última ajena al caso de autos—, impide asumir como válida una interpretación como la aquí debatida.

3.2. En segundo término, la directiva ministerial aquí cuestionada enuncia lo siguiente:

“Me dirijo a Ud. para poner en su conocimiento que para llamar a Selección interna en los cargos de División Programas y Centros de Salud o Selección Salud Escolar, de acuerdo a lo determinado por el dec. 281/11, el suscrito en virtud de lo establecido en el art. 10 del régimen de concursos, determina que en ambos casos, la profesión en que deberán revistar los concursantes será la de médico.// Sin otro particular saluda atte. Jorge Lemus. Ministro de Salud. Ministerio de Salud” (fs. 13 del expte. 41973/0).

En relación a esta declaración de voluntad, cuya naturaleza no viene aquí controvertida, aun cuando cupiera entender, tal como hace el tribunal de mérito, que el Ministerio de Salud se encontraría facultado a los fines de determinar la pro-

fesión y la especialidad del cargo a concursarse—puesto que ello formaría parte de sus facultades discrecionales y de su zona de reserva (conf. fs. 218 del expte. 41973/0)—, no se puede válidamente sostener que las invocadas facultades discrecionales del Ministro de Salud a los efectos de determinar cargos en los términos aquí cuestionados lo eximan del cumplimiento de los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley de procedimientos administrativos de la CABA (conf. el dec. 1510/GCABA/97).

En este sentido, consignan las apelantes que “el tribunal soslay[ó] que la administración debió esgrimir un motivo valido, —conforme al orden jurídico y razonable— que justifique su decisión...” (fs. 250 del expte. 41973/0) y que “no podemos conocer los fundamentos de dicha determinación [respecto de la exigencia de ser médico] en virtud de que la forma adoptada para manifestar la voluntad de la administración fue la de una ‘nota’ sin ningún tipo de fundamentos. No hay motivos, no hay argumentación sobre por qué determinados profesionales y no otros, no hay nada más que la orden lisa y llana ‘la profesión que deberán revistar los concursantes será la de médico’” (fs. 5 vuelta/6).

La nota ministerial aquí impugnada, en efecto, no contiene una relación de los antecedentes o las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron los motivos en cuyo mérito se dictó. Esto es, nada dice sobre las referencias o razones de hecho y fundamentos de derecho en las cuales la declaración se apoya, ni brinda razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. En este marco, recuérdese que la mención expresa de las razones y antecedentes facticos y jurídicos—determinantes de la emisión del acto—cumple la función de garantizar la tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de la motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que

interfiere en su esfera de derechos. Por ende, por omitir toda alusión a los hechos específicos determinantes de la decisión, el acto sobre cuya base se apoyó la decisión de rechazar la solicitud de inscripción de las actoras al concurso deviene nulo (conf. arts. 7º, inc. b y e, y 14, inc. b, del dec. 1510/GCABA/97).

En esta línea, la simple remisión al dec. 281/11 de modo alguno constituye fundamento suficiente que explique la causa por la que se exige el requisito aquí controvertido, máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo a lo que surge de fs. 15 y 18 del expte. 41973/0, la Sra. Restuccia se ha desempeñado desde el año 2006 como Coordinadora del Programa de Salud Escolar del Hospital “Tornú” y la Sra. Mancini lo ha hecho desde el año 2001 en el mismo programa dependiente del Hospital “Piñero”. Así ello, habiendo la Administración, en oportunidades anteriores, cubierto el cargo hoy en debate por profesionales distintos de los médicos, la exigencia de motivación respecto de limitar el concurso a esa profesión encuentra, en ello, también razón de ser.

De esta manera, aun cuando se hubiere visto asistida de la discrecionalidad que invoca, y que el *a quo* admitió, la Administración de manera alguna observó las reglas generales que ciñen la emisión de actos de la especie del cuestionado. Es precisamente la legitimidad—constituida por la legalidad y la razonabilidad—con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias.

4. Ahora bien, como la resolución del pleito depende de la valoración de extremos de hecho y prueba—como lo es, entre otros, conocer la situación en la cual se encuentra el concurso que dio inicio a estas actuaciones, si era necesario o no el agotamiento de la vía administrativa para que el debate pueda ser ventilado ante los

órganos del Poder Judicial—, corresponde devolver las actuaciones a los jueces de mérito para que dicten un nuevo pronunciamiento observando lo aquí dicho y teniendo en cuenta todo aquello que pudo ser materia de debate en el *sub lite*.

En virtud de lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad articulados; revocar la sentencia de Cámara en cuanto fue materia de agravios; y devolver las actuaciones para que, por otros jueces, se dicte un nuevo pronunciamiento observando la doctrina aquí sentada, teniendo en cuenta todo aquello que pudo ser materia de debate en la causa. Costas a la vencida.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* que los agravios planteados por Adriana Noemí Restuccia y Patricia Mónica Mancini no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DXCV - BEJER, JORGE ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BEJER, JORGE ALBERTO C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN “BEJER, JORGE ALBERTO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Situación de vulnerabilidad. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional.

Expte. SACAYT n° 10.886/14 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad y la Defensora General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en carácter de gestores de Jorge Alberto Beger en los términos del art. 42 del CCAyT, interpusieron queja ante este Estrado (fs. 1/15) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad que dedujera el actor contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que —por mayoría— hizo lugar al recurso de apelación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo incoada (fs. 336/339, de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara destacó que el proceder del GCBA, consistente en no renovar las prestaciones de los subsidios vigentes, no resultaba manifiestamente arbitrario o ilegítimo a la luz de las constancias de la causa que daban cuenta

de la situación de hecho del accionante (hombre que vive solo, profesional, sin menores a cargo ni problemas de salud acreditados).

3. Contra dicha resolución, el actor interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 349/372) que se intenta sostener en esta instancia. Allí alegó que el decisorio impugnado violaba su derecho de defensa en juicio, la garantía del debido proceso legal y los principios de legalidad y de congruencia. En particular, sostuvo que la sentencia resultaba arbitraria por haber revocado la de grado a partir de presunciones y conjeturas sobre su situación de vulnerabilidad y sobre la base de defensas que, a su criterio, no habían sido oportunamente esgrimidas por la demandada. Además, expresó que el pronunciamiento desconocía y cercenaba su derecho a la vivienda, conforme los estándares del derecho internacional.

4. La Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3°, de la CCABA. En este sentido, destacó que el decisorio se apoyaba en la interpretación de normas infraconstitucionales, como la ley 4036, realizada a la luz de los aspectos de hecho y prueba involucrados en el caso (fs. 378/379).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General opinó que correspondía rechazar la queja intentada por la defensa de la parte actora toda vez que, a su criterio, la interesada no había logrado poner en crisis la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 21/26 vuelta, de la queja).

6. Dentro del plazo de ley, el actor ratificó la actuación realizada por el Defensor General de la Ciudad y la Defensora General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario en su nombre (fs. 28, de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, pues el recurrente no ha logrado acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA.

2. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento.

En este sentido, la actora no ha logrado evidenciar que los jueces de la causa hayan fallado por fuera de lo pretendido por el GCBA, en la medida que la demandada oportunamente resistió la condena impuesta, ni ha demostrado que los magistrados intervinientes hayan introducido cuestiones ajenas a la *litis* para arribar al decisorio que la agravia.

En suma, no se ha demostrado que, en virtud de la pretensión recursiva incoada por la demandada, la alzada haya extralimitado su jurisdicción apelada al examinar la situación del actor a la luz de las normas vigentes en la materia y arribar así a una solución distinta a la propiciada por la primera instancia; máxime cuando en los proce-

sos de amparos —y específicamente en aquellos en los que debaten obligaciones vinculadas a derechos sociales— debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia (doctrina de *Fallos*, 300:844; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros).

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6 de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron que “el actor es un hombre solo de 51 años, que de acuerdo al informe social acompañado a fs. 213/213 vuelta dijo ser arquitecto, gozar de buen estado de salud y realizar ‘changas’ en comercios, sin especificar cuanto percibe por dichas tareas. Del informe psicológico llevado a cabo por el Servicio de Salud Mental del Hospital B. Rivadavia se desprende que ‘... el nivel intelectual [está] dentro de la categoría promedio. Las funciones intelectuales, (atención, concentración, memoria) están conservados. En las pruebas gráficas se observa ante todo, un estilo creativo, que coincide con la profesión y vocación del examinado...’ (fs. 225). Refirió estar divorciado y tener dos hijos, aunque solo mantiene relación con uno de ellos, también dijo tener dos hermanos que viven en esta ciudad y sus padres en Tortuguitas, Provincia de Buenos Aires, con los cuales no mantiene contacto alguno” (conf. fs. 337, autos principales).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación del accionante, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (vgr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaron los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que

tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales¹⁸ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo’; entre muchos otros).

¹⁸ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

En suma, entiendo que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo respetar, en las circunstancias actuales, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho del accionante, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Corresponde rechazar la queja deducida a fs. 1/15, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el a quo haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y el voto del juez Lozano *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no había suscitado agravio del GCBA, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el a quo excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia (vgr., “...que el actor es un hombre solo de 51 años, que de acuerdo al informe social acompañado a fs. 213/213 vuelta dijo ser arquitecto, gozar de buen estado de salud y realizar ‘changas’ en comercios, sin especificar cuanto percibe por dichas tareas”, V. fs. 337 de los autos principales)— colocaban o no al actor dentro de la clase “personas en situación de vulnerabilidad social” según la define el art. 6 de la ley 4036; ni por qué la pretensión recursiva del GCBA de que se revocara la sentencia de primera instancia y se rechazara el amparo no imponía establecer si la situación del actor generaba la obligación cuya titularidad el GCBA negaba.

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (fs. 368) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y que “...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona” (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que, en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. el voto de los jueces Conde y Lozano *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘K.M.P. c/GCBA s/amparo’” (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no viene controvertida.

4. Finalmente, en cuanto a la tacha de arbitrariedad que la recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó *a quo* en el sentido relatado.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

2. La recurrente se agravia al considerar que el pronunciamiento dictado por la alzada afecta el *principio de congruencia*. Entiende que la Cámara se expide sobre su situación de vulnerabilidad sin que este punto fuera controvertido por la demandada al apelar.

Debe destacarse al respecto que el GCBA expresamente plantea en su recurso de apelación “la inexistencia de un derecho vulnerado”. Afirma que el juez de primera instancia no ha advertido que el actor carece de título jurídico para exigirle al demandado la realización de una determinada conducta. Destaca que “el actor no es titular de derechos subjetivos ciertos, e incontestables, que habiliten la procedencia del amparo constitucional (...) [y que] No concurren por parte del GCBA acciones, hechos, u omisiones que puedan ser calificadas de abusivas o lesivas de los presuntos derechos de la actora” (véase fs. 299 y vuelta del expte. 29738/0).

Estas afirmaciones necesariamente habilitan a la interpretación normativa respecto de la situación de vulnerabilidad social en la que pudiera encontrarse la actora —conf. art. 6° ley 4036— para resolver, motivo por el cual el planteo referido a la congruencia debe ser desestimado, toda vez que no se alcanza a demostrar acabadamente que los Sres. jueces de Cámara hubieran fallado por fuera de lo pretendido.

3. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que “ las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen, como la ley N°4036, de carácter infraconstitucional (...) las afectaciones constitucionales genéricamente invocadas [por la actora] no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada” (fs. 378/vta de los autos principales).

De conformidad con lo expuesto, los planteos formulados por la apelante en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada, que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante

fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido a el contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho

Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁹

¹⁹ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“... Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad*. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad*. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]*’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y

garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, "los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta

recordar los casos “Brown v. Board of Education”²⁰ o “Sejean”²¹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

6. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

²⁰ 347 Scotus 483 (1954).

²¹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula elegida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable. ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho,²² los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual el Sr. Beger no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de un hombre de 51 años, que carece de toda contención social, y que “presenta alteraciones de la personalidad, que implican un posible derrumbe (...), [y cuya situación] ha provocado estrés postraumático entre un grado moderado a grave” (según surge del informe de fs. 225/226), y eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la edad, y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

²² RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

8. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *b)* revocar la sentencia impugnada, y *c)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Jorge Alberto Beger.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DXCVI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ROJAS, SEGUNDO JUAN RENE C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Reserva de la cuestión federal.

.....

Expte. SACAyT nº 9782/13 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Segundo Juan René Rojas fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 102/122 vuelta.

Mediante el escrito de fs. 127/128 vuelta comparece a manifestar que no recurrirá la sentencia y solicita que "...se tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud. / El concepto de 'alojamiento' se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las propuestas que debe hacer el GCBA, de acuerdo a la condena dispuesta y de sus obligaciones para garantizar el derecho a la vivienda. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías cuando se dé la respuesta a cómo se concreta mi derecho a la vivienda reconocido por el Tribunal".

Además el actor solicita que "...dado mi grado de discapacidad y las características de mi enfermedad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado. / (...) Hasta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme, y por lo tanto la obligación del demandado debidamente cumplida, la manda cautelar debe continuar vigente. De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios —y escasísimos— recursos. Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa 'Q. C. S. Y.', sentencia del 24/4/2012".

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con "...los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud", este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta "para hacer frente a la obligación de brindar

a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. Téngase presente la reserva en los términos formulados por la accionante.

2. En cuanto a lo manifestado sobre la medida cautelar oportunamente decidida en las instancias de mérito nada corresponde resolver aquí, toda vez que dicho pronunciamiento, no fue materia de recurso ante este Tribunal.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 102/122 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Segundo Juan René Rojas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 103 vuelta, punto 4.

El juez Luis Francisco no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DXCVII - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ESPINOSA BONIFACIO Y OTROS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Existencia del agravio. Gravamen actual: improcedencia. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.164/13 - 10/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. En la causa promovida por los señores Bonifacio Espinosa y Marta Lucila Benítez Fariña, actuando por sí y en representación de su hija menor H. J., contra el GCBA (Hospital General de Niños Dr. Pedro Elizalde), y contra los médicos que atendieron a la niña en el mencionado nosocomio, por los daños y perjuicios por ella sufridos derivados de dicha atención médica, el Dr. Alejandro Gastón Petrucci se presentó en su carácter de Asesor Tutelar de Primera Instancia, en representación de la menor (fs. 1/12 vuelta del incidente n° 22.946/2, al que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

A fs. 16/23, la Sra. Fiscal de Primera Instancia dictaminó acerca de la personería del Sr. Asesor Tutelar. En tal sentido, sostuvo que la resolución del Consejo de la Magistratura n° 963/2005, que dispuso la designación del precitado Magistrado, hasta tanto se substancie el concurso para cubrir la vacante, era nula e inconstitucional, por vicios en la competencia, la causa y el procedimiento.

A fs. 179 y vuelta la Sra. jueza de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del referido acto administrativo, y desestimó la personería invocada por el Dr. Alejandro Gastón Petrucci para actuar en nombre del Ministerio Público Pupilar.

2. Dicha resolución fue apelada por el Dr. Petrucci (fs. 184), el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (fs. 187, y 191/198vuelta) y la Sra. Asesora General Adjunta (fs. 189 y vuelta, y 200/211).

A su turno, la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró abstracta la cuestión en debate, con motivo de la renuncia presentada por el Dr. Alejandro Petrucci al Cargo de Asesor Tutelar de Primera Instancia (fs. 236 y vuelta).

3. Ante tal pronunciamiento, el Consejo de la Magistratura articuló recurso de inconstitucionalidad (fs. 255/259), el cual fue denegado por la Cámara a fs. 273/274 vuelta, lo que motivó la presentación directa ante el Tribunal (fs. 127/135 vuelta, de la queja).

4. Al requerirse su dictamen, el Sr. Fiscal General Adjunto propició un pronunciamiento que declare inadmisibles la queja impetrada (fs. 153/154, de la queja).

5. A fs. 156 de la queja la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 236 y vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) Recurso de queja por recurso inconstitucionalidad denegado:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja articulado por el Consejo de la Magistratura de la CABA, si bien ha sido introducido en legal tiempo y forma, no podrá prosperar, toda vez que la sentencia contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad que esta queja defiende —en tanto declaró abstracta la cuestión, con motivo de la renuncia presentada por el Dr. Alejandro Petrucci— no causa un agravio actual al recurrente.

2. Tal como lo he sostenido en varias oportunidades, es requisito común a todos los recursos la existencia de un agravio, es decir un perjuicio concreto y actual resultante de la decisión atacada, pues no es función de los tribunales formular declaraciones abstractas.

En esta vía recursiva, se encuentra en debate la validez de la resolución del Consejo de la Magistratura n° 963/2005, que había designado en forma interina al Dr. Petrucci en calidad de asesor tutelar hasta tanto se sustancie el concurso para la cobertura de dicho cargo. Ahora bien, como acertadamente destaca la Cámara en la sentencia impugnada de fs. 136 y vuelta, al haber cesado los efectos de la resol. CM 963/2005 con la renuncia del mencionado magistrado a su cargo interino de Asesor Tutelar (aceptada por resolución AG n° 11/09), no subsiste interés alguno del Consejo de la Magistratura en defender la validez de aquel acto, cuyo objeto se ha extinguido.

Al no existir un gravamen actual, el planteo traído a esta instancia por el Consejo —que considera necesario erradicar del mundo jurídico la declaración de nulidad de la resolución n° 963/2005—, no pasa de ser un debate jurídico teórico que no se relaciona con un caso concreto y actual.

Es por estos motivos que la queja debe ser rechazada.

3. A mayor abundamiento, cabe agregar que lo aquí decidido no implica apartarse de la doctrina sentada por este TSJ respecto de la validez de la resolución del CM n° 963/2005 en la causa “Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 5381/07 “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales’ en ‘Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 5427/07, sentencia del 12/3/2008, pues en este caso la inexistencia de un gravamen actual impide adentrarse en el conocimiento de la cuestión de fondo planteada en el recurso de inconstitucionalidad del Consejo de la Magistratura.

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 127/135vuelta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Coincido con la Sra. jueza de trámite en cuanto a que, como lo expresa en el apartado 1 de su voto, la cuestión debatida en autos ha devenido abstracta, por lo que adhiero a la solución que propone. Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

El juez Luis F. Lozano no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DXCVIII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA NORTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN LEGAJO DE JUICIO EN AUTOS KANDIN, MIGUEL S/INFR. ART(S). 149 BIS, AMENAZAS - C.P. (P/L 2303)²³

Suspensión del juicio penal a prueba: régimen jurídico. Oposición del fiscal. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Sistema acusatorio. Facultades del juez: alcances.

Expte. SAPCyF n° 10.591/14 - 15/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Como surge de la resolución anterior del Tribunal (fs. 344/345), el titular de la Fiscalía de Cámara Norte interpuso recurso de queja (fs. 308/314) contra el pronunciamiento de la Sala III (fs. 302/306) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que confirmó la resolución de primera instancia que había suspendido el proceso a prueba respecto de Miguel Kandin, a pesar de la oposición de la fiscalía.

2. La fiscalía, en su recurso de inconstitucionalidad, afirmó que se encontraba legitimada para interponer el remedio procesal y expuso las razones por las que entendía que la decisión impugnada constituía un auto que por sus implicancias debía ser equiparado a una sentencia definitiva. Sostuvo que la imposición al Ministerio Público Fiscal de la suspensión del juicio a prueba en contra de su expresa voluntad de continuar ejerciendo la acción penal, en el caso, constituía una apropiación de la acción penal perteneciente al órgano que representa e importaba la vulneración de la autonomía funcional del MPF, del sistema acusatorio y de los principios de imparcialidad y legalidad.

Asimismo, señaló que el proceso cuya suspensión se dispuso tiene como objeto esclarecer hechos que habrían tenido lugar en un contexto de violencia contra la mujer y, por lo tanto, conforme a los lineamientos sentados en la “Convención de Belém do Pará” y lo resuelto por la CSJN en la causa “Góngora”, correspondía que el caso fuera resuelto en juicio, tal como lo había manifestado el Fiscal de grado al sustentar su oposición a la suspensión del juicio a prueba concedida.

Por último, denunció que la decisión de la Cámara respecto de la oposición a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, fundada en la concurrencia del impedimento objetivo previsto en el art. 76 bis, inc. 6°, del C.P. era arbitraria, por carecer de una fundamentación sustancialmente coincidente (fs. 288/296).

²³ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 13/10/2010 en los “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/infr. art. 189 bis C.P.’”, expediente n° 6821/09, como parte integrante del voto del juez José O. Casás, en este tomo, p. 3493.

3. Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que el Ministerio Público Fiscal no se encontraba legitimado para acudir ante el Tribunal.

4. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General Adjunto mantuvo el recurso deducido, solicitó que se le diera efecto suspensivo —que fue resuelto de modo favorable por este Tribunal el día 7/5/2014— y consideró que correspondía declarar la nulidad de la resolución cuestionada y continuar con la tramitación del caso (fs. 318/323).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6821/09, resolución del 13/10/2010.

En consecuencia, me remito, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

Por ello, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos, revocar la resolución de Cámara y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma (art. 33, ley 402) y contiene una crítica suficiente y fundada (art. 34, ley 402) del auto denegatorio de fs.302/306 vuelta.

2. Corresponde entonces considerar al recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto (conf. fs. 288/296). El recurrente señaló que la resolución de la Sala III que aquí se impugna —en tanto confirmó la decisión de la Sra. Jueza de grado que dispuso la aplicación del instituto de suspensión del proceso a prueba en el caso, a pesar de la oposición fundada del Ministerio Público Fiscal en consideraciones de política criminal relacionadas con las circunstancias concretas del caso y de su encuadre como un hecho cometido en un contexto de violencia de género, producía los siguientes agravios constitucionales: I. afectación del principio acusatorio consagrado en la Constitución y la ley procesal local y II. Incumplimiento de las normas locales en materia de violencia doméstica como así también los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino para prevenir, sancionar y erradicar este mal, conforme la interpretación efectuada por la CSJN en el caso “Góngora” (fs. 288/296).

3. El Ministerio Público Fiscal fundó adecuadamente su oposición al brindar razones basadas en las características y circunstancias concretas del caso a las que vincula con el marco normativo aplicable en materia de violencia de género, criterio que efectivamente encuentra sustento en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Góngora”. Allí, al ponderar los objetivos del art. 7° de la Convención de Belém do Pará en relación con el instituto de la suspensión del proceso a prueba dijo que “(...) siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un ‘procedimiento legal justo y eficaz para la mujer’, que incluya un ‘juicio oportuno’ (conf. el inc. f del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente”.

4. Por lo expuesto, voto por *a*) hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad, y *b*) dejar sin efecto lo resuelto por la Sala III de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Coincido, en lo esencial, con la solución que proponen mis colegas preopinantes en cuanto a que la queja *sub examine* resulta procedente, toda vez que satisface los requisitos formales requeridos (art. 33, ley 402), se dirige —como luego se verá— a controvertir un pronunciamiento que resulta equiparable a definitivo y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio resuelto por el tribunal *a quo*.

Al respecto, la Fiscalía cuestiona con éxito el argumento principal que esgrimió el tribunal *a quo* para denegar el recurso de inconstitucionalidad —referido a la falta de legitimación del Ministerio Público Fiscal para solicitar la intervención de este Tribunal— porque, a pesar de la peculiar perseverancia de los jueces Delgado y Manes en sostener que la Fiscalía no se encontraba legitimada, ha puesto de manifiesto una vez más la falta de correspondencia entre esa postura restrictiva y aquella otra que ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos por este Tribunal; pronunciamientos que ni siquiera fueron considerados por la Cámara de manera tal que se justifique revisar el criterio que mantiene el Tribunal y la CSJN sobre el punto. Por ende, desprovista de apoyatura en nuevos fundamentos que pretendan sustentar este deliberado apartamiento de la constante jurisprudencia del Tribunal, el auto denegatorio resulta infundado (*Fallos*, 307:1094) y no se sostiene como acto jurisdiccional válido.

2. A su turno, también procede el recurso de inconstitucionalidad con respecto al fondo de la discusión, porque las mismas razones que desarrollé en el precedente “Benavidez” (expte. n° 6454/09, resolución del 8/9/2010), o en las numerosas decisiones que en sentido análogo le sucedieron, conducen a equiparar a definitivo el pronunciamiento impugnado, mediante el recurso de inconstitucionalidad denegado por el *a quo*. Ello así, pues se advierte que la Fiscalía ha demostrado que tiene un “razonable interés” en que este proceso continúe y en que se sustancie el juicio.

En el caso, el fiscal de primera instancia que intervino en la audiencia explicó que “a partir del análisis de los elementos probatorios colectados (...) y de la gravedad del hecho ilícito que es objeto de este proceso (...) [debía] oponerse a la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba”. Al respecto, señaló que tenía “en consideración lo declarado por la víctima (...), quien dijo que el suceso que nos ocupa no es un hecho aislado, sino que en octubre de 2010 ya había denunciado [episodios similares, cuya ocurrencia] (...) motivó el dictado de una prohibición de acercamiento por [la justicia civil de la Ciudad] (...) [como] surge de la prueba que fue ofrecida para el juicio”; y tuvo presente “el contexto de violencia de la que es víctima (...) [lo cual] ha quedado corroborado a través de las entrevistas que [aqu]ella mantuvo con los [distintos] profesionales de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia (...) [y] de la Oficina de Asistencia a la Víctima (...) [del] Ministerio Público Fiscal, cuyos testimonios [también] fueron ofrecidos para el debate”. Asimismo, se ocupó de poner “de resalto el contexto particular en que se produjo el hecho [investigado en autos], pues el mismo fue cometido al final de una serie de acontecimientos que comenzaron ese mismo día [en oportunidad en que el aquí imputado aparentemente habría agredido física y verbalmente a la madre de la denunciante, conducta que si bien motivó otra causa penal que se le sigue al involucrado] (...) ante [un] Juzgado Nacional en lo Correccional (...), [demostraría cierta] inconveniencia [de acceder a] la requerida suspensión del juicio a prueba”; hizo hincapié en la “peligrosidad que revela el imputado, que se deriva fácilmente del análisis del lugar donde fue producida la conducta objeto de este proceso, [esto es] nada más y nada menos que en una seccional policial

(...) [y que ni siquiera el encontrarse en] presencia de la autoridad policial lo hizo desistir (...) de actuar como lo hizo”; y, por fin, recordó “el criterio de la resol. FG 16/10, (...) la Convención de Belem do Pará (...) [y] la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” (todas las citas anteriores obran a fs. 224 y vuelta).

Posteriormente, al fundar su recurso de inconstitucionalidad y a modo de respuesta a ciertas afirmaciones que se efectuaron en la resolución de la Sala III —confirmatoria de la decisión de primera instancia que concedió ese beneficio—, el Fiscal de Cámara volvió sobre la idea de que el hecho “no se trataba de un suceso aislado, sino que [aquel] formaba parte de un conflicto de larga en el cual la damnificada resultó víctima de diversas agresiones por parte de su ex pareja” (fs. 292 vuelta), señaló que la víctima había solicitado durante la audiencia “resolver el caso mediante una decisión de mérito en el debate oral y público, toda vez que el imputado no había cumplido en otros procesos con los compromisos [previamente] asumidos (...)[,] al tiempo que afirmó que le tenía un profundo temor” (fs. 293) y, finalmente, concluyó que “los elementos incorporados al Legajo de juicio (...) refleja[n] con manifiesta claridad *el rol que el imputado pretende imponer sobre la víctima, mediante métodos violentos, acudiendo a patrones socioculturales de conducta que la coloquen en una situación de inferioridad en su condición de mujer*” (fs. 294 vuelta; destacado en el texto original).

Ahora bien, cualquiera que sea el acierto o desacierto de la hipótesis de investigación seguida por el Ministerio Público Fiscal o de las estrategias probatorias que no pudo desplegar, como consecuencia de esta suspensión del juicio a prueba resuelta contra su expresa voluntad, lo cierto es que esos fundamentos pueden ser calificados como “opinables” (*in re*, “Benítez”), pero bajo ningún concepto pueden ser reputados de insuficientes o desvinculados con este caso.

Los fundamentos expuestos por los Fiscales intervinientes, por tanto y “sin más aditamentos, constituyen ‘un obstáculo serio, razonado y suficiente’ como para no otorgar el beneficio que se solicita, toda vez que importan una valoración procesal (...) de las características del delito (concreto) que aquí se le atribuye, valoración surgida a partir de un minucioso estudio del caso por parte del representante del Ministerio Público Fiscal” (“Toledo”, expte. n° 6534/09, sentencia del 28/10/09); minucioso estudio que, aun en el supuesto de que finalmente resulte exagerado, encuentra justificación en razones de oportunidad o conveniencia político-criminal que le concierne a la acusación evaluar y que —a esta altura— tendrá que ser validado (o no) por los jueces de la causa, al momento de dictar la decisión que se expida sobre su mérito.

A mayor abundamiento, refuerza aún más mi convicción para resolver la cuestión de la manera propuesta, lo resuelto por la CSJN *in re* “Góngora”. En efecto, en tal precedente el alto Tribunal se ha pronunciado en un sentido compatible con el propuesto. Las características de los hechos que se busca dilucidar en un debate oral ponen al descubierto que el conflicto ventilado en principio podría estar abarcado en la problemática de la violencia de género, doméstica o familiar; o, por lo menos, que ésa es la hipótesis que ha guiado la actuación de la Fiscalía. La caracterización del hecho bajo esa modalidad, *a priori*, exige que, con respecto a hechos de tal naturaleza, se agoten todas las medidas tendientes a lograr su esclarecimiento y eventual represión, en virtud de que se trata de conductas que comprometen la efectiva vigencia de los derechos humanos reconocidos especialmente a las mujeres a través de los compromisos asumidos por la República Argentina, cuya inobservancia podría generar responsabilidad internacional al Estado nacional. En suma, resulta evidente —frente a la inexistencia de una explicación o justificación consistente y/o excepcional, sobre el motivo por el cual, en el caso concreto, resultaba más apropiado eludir la sustanciación del juicio— que la *probation* concedida, era manifiestamente inviable y así debió haber sido resuelto,

en la medida en la cual el entramado contexto fáctico que debe ser esclarecido torna materialmente imposible —o por lo menos desaconsejable— cualquier vía alternativa de resolución del conflicto.

3. Por lo expuesto, voto por *hacer lugar* a los recursos deducidos por el titular de la acción —que, en este caso, ha demostrado tener un razonable interés en que el proceso no sea suspendido—, *revocar* la decisión en crisis en cuanto fue materia de agravio y *ordenar* la continuación del trámite.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja agregado a fs. 308/314.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 288/297, *revocar* la sentencia de Cámara, del 19/9/13, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 13/10/10 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/inf. art. 189 bis, C.P.’”, expte. n° 6821/09, como parte integrante del voto del juez José O. Casás.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DXCIX - ARZAC, GRACIELA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS ARZAC, GRACIELA S/INFR. ART. 149 BIS, C.P.²⁴

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Resoluciones equiparables a definitiva. Cuestión constitucional. Sistema acusatorio. Deberes del juez. Deber de imparcialidad.

Expte. SAPCyF n° 10.891/14 - 15/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

²⁴ *Nota del editor:* Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 19/12/2013 en los “Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de competencia en autos “Galantine, Atilio Javier s/inf. art. 1°, ley 13.944” (recurso de inconstitucionalidad)”, expediente n° 9443/12, como

RESULTA:

1. El Sr. Defensor General de esta Ciudad y el Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas —en representación de Graciela Noemí Arzac— dedujeron la presente queja (fs. 36/42) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 30/31) que rechazó *in limine* el recurso de inconstitucionalidad que la defensa oficial había interpuesto (fs. 20/29). Allí cuestionaba el pronunciamiento de esa Sala (fs. 18/19) que, ante el conflicto trabado por dos juezas, la de la etapa intermedia y la de juicio, dispuso que la primera debía completar el legajo de juicio con las pruebas y actuaciones admitidas en la audiencia prevista por el art. 210 del CPPCABA.

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado por los jueces de la Sala I, el Defensor Oficial explicó que aquella decisión debía ser equiparada a una sentencia definitiva porque la garantía de imparcialidad —que en su opinión se veía comprometida en el caso— requería su tutela inmediata. En esa línea afirmó que la cuestión debatida en el expediente, esto es, cómo se debía conformar el legajo de juicio, guardaba estrecha relación con la controversia que motivara el pronunciamiento del Tribunal en “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/infr. art. 1º, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)’”.

3. La Sala I, a su vez, rechazó *in limine* aquel recurso porque entendió que no estaba dirigido contra una resolución equiparable a definitiva y tampoco se había vinculado la presunta infracción a la garantía de imparcialidad con las circunstancias del caso concreto.

4. El Sr. Fiscal General, al tomar intervención, consideró que el Tribunal, siguiendo la doctrina del fallo “Galantine”, debía hacer lugar a los recursos de la defensa y dejar sin efecto el pronunciamiento atacado (fs. 45/49).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo han invocado las partes, lo resuelto *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/infr. art. 1º, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)’”, expte. n° 9443/12, resolución del 18/12/2013, sentó la doctrina del Tribunal sobre las cuestiones suscitadas en estas actuaciones. En consecuencia, más allá de que mi voto no conformara la mayoría en dicho precedente, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos por la defensa oficial.

2. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos por la defensa oficial, revocar el pronunciamiento de la Cámara obrante a fs. 15/16 y ordenar que se remita a la jueza de juicio únicamente el requerimiento de elevación a juicio y el acta de la audiencia del art. 210 (conforme había sido dispuesto por la jueza a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 9, ver fs. 4/6), a fin de que continúe el trámite de las actuaciones

Así lo voto.

parte integrante del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2013/D, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 2610.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja deducida por el Ministerio Público de la Defensa tiene que ser admitida por este Tribunal, toda vez que, tal como lo sostiene mi colega preopinante, lo denuncian ambos defensores y lo reconoce el propio Fiscal General (fs. 34/36), la cuestión que se discute en las presentes actuaciones se muestra sustancialmente análoga a la que ya fue resuelta en “Galantine”, expte. n° 9443/13, resolución del 18/12/2013.

Al respecto, en ese precedente —que fue expresamente invocado por la defensa, para justificar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (véase fs. 22 y ss.)—, la mayoría del Tribunal ha sentado doctrina acerca de la controversia propuesta y ha fijado su posición sobre el punto de una manera que descalifica sin más lo resuelto a *contrario sensu* por el tribunal *a quo*. En consecuencia, sin perjuicio de que no he concurrido con mi voto en aquella ocasión, por encontrarme en uso de licencia, estrictas razones de economía procesal conducen a hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa en el caso.

2. En mérito a lo aquí expuesto, corresponde hacer lugar a esta queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar el pronunciamiento de la Sala I (fs. 15/16) y confirmar el temperamento adoptado por la colega que intervino en la audiencia prevista en el art. 210, CPPCABA, a instancias de la defensa y sin que mediase objeción alguna de la Fiscalía interviniente (fs. 4/6 y 10).

Así lo voto

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/inf. art. 1°, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)’”, expte. n° 9443/12, resolución del 18/12/2013.

2. Por ello, remito en lo pertinente a los fundamentos y la solución expresados en mi voto en el precedente mencionado, del que se agregará copia para que forme parte de este nuevo pronunciamiento.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, *revocar* la decisión de la Cámara de Apelaciones, de fecha 13/12/2013, cuya copia obra a fs. 18/19, y *ordenar* que se remita a la jueza de juicio únicamente el requerimiento de elevación a juicio y el acta de la audiencia del art. 210 (conforme había sido dispuesto por la jueza a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 9, véase fs. 6 vuelta), a fin de que continúe el trámite de las actuaciones.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 18/12/2013 en los autos “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/inf. art. 1°, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)’”, expte. n° 9443/12, como parte integrante del voto de la Sra. jueza Alicia E. C. Ruiz.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES—
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ‘INCIDENTE DE
COMPETENCIA EN AUTOS GALANTINE, ATILIO JAVIER S/INF. ART. 1, LEY 13.944 (RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD)’”

Expte. SAPCyF n° 9443/12 - 18/12/2013

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. *El Sr. Defensor General de esta Ciudad —en representación de Atilio Javier Galantine— dedujo la presente queja (fs. 62/73) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 60) que rechazó in limine el recurso de inconstitucionalidad que la defensa oficial había interpuesto (fs. 37/58) contra el pronunciamiento de esa Sala (fs. 31/33) que, ante el conflicto trabado por dos juezas, la de la etapa intermedia y la de juicio, dispuso que la primera debía conformar el legajo de juicio, además de con el acta de la audiencia prevista por el art. 210 del CPP-CABA y el requerimiento de juicio —como había hecho—, “con todas aquellas pruebas y actuaciones que se hayan dispuesto incorporar a la audiencia oral”.*

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado por los jueces de la Sala I, la Defensora Oficial explicó que aquella decisión debía ser equiparada a una sentencia definitiva porque permitía que la jueza de juicio tomara contacto anticipado con una importante cantidad de prueba de cargo, por escrito y con antelación al debate oral, situación que demostraría, en su opinión, la sinrazón de reeditar el agravio después, cuando el juzgador ya se habría “contaminado” con dichas evidencias. En

cuanto a la cuestión constitucional, afirmó la vulneración de la cosa juzgada, progresividad y preclusión de los actos del proceso por cuanto la Cámara había dejado sin efecto la resolución de signo contrario de la jueza de la etapa intermedia y que había sido consentida por las partes. También denunció la afectación del debido proceso, la defensa en juicio, el sistema acusatorio, contradictorio y dispositivo y, por último, la garantía de imparcialidad.

La Sala I, a su vez, rechazó *in limine* aquel recurso porque entendió que no estaba dirigido contra una resolución equiparable a definitiva o que reclamara tutela inmediata.

3. El señor Fiscal General, al tomar intervención, consideró que el Tribunal debía rechazar la queja porque no atacaba una resolución definitiva ni planteaba un genuino caso constitucional (fs. 77/83).

FUNDAMENTOS:

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. El recurso de queja, interpuesto por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), debe ser admitido porque el tribunal *a quo*, al rechazar *in limine* el recurso de inconstitucionalidad de la defensa, mantuvo la resolución de la Sala y esa decisión, por sus efectos, resulta equiparable a una sentencia definitiva, en los términos del art. 27 de la ley 402, en tanto podría producir un perjuicio de tardía e insuficiente reparación, ya que la parte cuestionó la imparcialidad del juz-

gador y ello exige una consideración inmediata de los jueces.

En efecto, el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones clausuró la vía legalmente prevista para que el imputado pueda obtener la revisión de lo resuelto en tiempo oportuno, es decir, antes de que intervenga el juez del juicio y se “contamine” —según su defensa— con el contacto directo de la prueba de cargo.

2. Además, el recurrente logra plantear un caso constitucional referido a la vulneración del debido proceso legal (arts. 18, C.N., y 13, inc. 3º, CCABA) al confrontar de manera suficiente la decisión recurrida con los principios de progresividad y preclusión y la afectación a la garantía del juez imparcial.

3. El recurso de inconstitucionalidad también debe ser admitido.

3.1. La Defensora Oficial cuestionó el proceder de la Cámara por haber hecho lugar a la pretensión de la jueza de la etapa de juicio de que se le remitieran todas las pruebas y actuaciones que la jueza de la etapa intermedia había admitido para su incorporación a la audiencia oral. Y lo hizo desde dos perspectivas. Por un lado, señaló, con razón, que la decisión de esta última de remitir solamente el acta de la audiencia prevista por el art. 210 del CPPCABA y el requerimiento de juicio había quedado firme y contaba con el acuerdo de las partes. En esas condiciones, la jueza (de juicio) que recibió el legajo así conformado debió limitarse a fijar la fecha de debate, de conformidad con lo dispuesto por el art. 213 del código procesal, en vez de controlar —de oficio— el contenido de las actuaciones remitidas por la jueza de la etapa intermedia.

3.2. Por otro lado, la defensa objetó la actuación de la magistrada por su probable “contaminación” al recibir la prueba documental e informativa con anterioridad a la realización del debate y, en ese sentido, cuestionó la Acordada n° 2/09 de la Cámara de Apelaciones por la interpreta-

ción que había hecho del segundo párrafo del art. 210 del CPPCABA.

El tribunal *a quo*, por el contrario, indicó que la inclusión en el legajo de aquellas actuaciones que se había decidido incorporar al debate “no afecta[ba] en modo alguno el principio de imparcialidad del Juzgador [...] pues ella [se refiere a la parcialidad] presupone la realización de algún acto procesal que conlleve una valoración de la prueba con anterioridad al debate, o que de algún modo —aunque sea indirecto— deba ser tenida en consideración, lo que no sucede de conformidad con las disposiciones vigentes” (fs. 32). Y en su segundo pronunciamiento, para denegar la necesidad de tutela inmediata pretendida por la recurrente, la Cámara señaló que no advertía —por el modo en que se había ordenado confeccionar el legajo— ningún gravamen irreparable “sin perjuicio que posteriormente se logre demostrar, mediante una eventual apelación de la sentencia [...] que el modo en que se confeccionó el legajo afectó de modo cierto y concreto (y no puramente abstracto o académico) intereses y derechos de alguna de las partes” (fs. 60 vuelta).

3.3. De admitirse la legitimidad de la remisión del legajo tal como lo requiere la jueza de juicio, pierde todo sentido la norma procesal que dispone que “el/la juez/a que entenderá en el juicio” sea uno distinto al que intervino durante la etapa de investigación (art. 210 CPP).

Tanto el principio acusatorio como la garantía de imparcialidad exigen una lectura del segundo párrafo del art. 210 del CPPCABA más acorde con las demás normas que limitan fuertemente la actuación del juez del debate para reforzar el sistema adversarial y, a la vez, la imparcialidad del juzgador. En esa línea, el régimen procesal impone a las partes y no al tribunal la notificación de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que deban concurrir al juicio (art. 213); impide al juez interrogar al imputado (art. 233), a los peritos o intérpretes (art. 235) y a los testigos (art. 236)

y, por supuesto, le prohíbe reabrir el debate aunque considere que las pruebas reunidas son insuficientes (art. 247).

Frente a todas esas reglas procesales, señaladas oportunamente por la defensa oficial, resulta más ajustado a derecho entender que cuando el código establece que el legajo también debe contener las actuaciones que se “acordó” incorporar al debate, se está refiriendo a aquellas constancias que las partes consintieron de manera expresa que sean incluidas en el legajo. Nótese que acordar significa, según la RAE, determinar o resolver “de común acuerdo” y, en el *subjudice*, solo hubo acuerdo de las partes para que se remitieran el requerimiento de juicio y el acta de la audiencia del art. 210 del CPPCABA. De ese modo, como advierte la defensa oficial, se evitará que el juez tenga la posibilidad de conocer por adelantado los elementos incriminantes aportados por los acusadores, quienes podrán hacerlo en el debate, pero en presencia de su contradictor y será recién allí cuando el juez podrá apreciar su valor probatorio.

4. Por estas razones, votamos por hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad y, en consecuencia, dejar sin efecto la decisión de la Cámara de fecha 2/11/12, cuya copia obra a fs. 31/33.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. En el *sub lite* se debate qué constancias el juez de garantías (o, también llamado, de la etapa intermedia) debe remitir al de juicio (conf. el art. 210 del CPP).

1.1. La Cámara concluyó que el mencionado artículo establece “...con claridad...” la obligación de armar un “legajo” que contenga el requerimiento de elevación a juicio, el acta de la audiencia prevista en el art. 210 y todas aquellas pruebas y/o actuaciones ofrecidas por las partes y declaradas admisibles por el juez de la etapa intermedia. “En el mismo sentido, [aclaró el *a quo*], se pronunció esta Cámara de Apelaciones en la Acordada N° 2/2009 al señalar que ‘ofrecidas las pruebas en la audiencia prevista por el art. 210

del CPP, el juez conformará la causa con aquellas constancias cuya incorporación al debate fueran requeridas por las partes. Las que no fueran incluidas serán devueltas a la fiscalía” (conf. fs. 32). Dicho ello, el *a quo* resolvió que el juez de la etapa intermedia, en el caso, el juez a cargo del juzgado n° 9, “...debe formar el correspondiente legajo de juicio conforme la normativa vigente, con el alcance precedentemente estipulado, y luego remitirlo al Juzgado de juicio que habrá de intervenir en autos” (fs. 33).

La defensa sostiene, entre otros agravios, que esa interpretación pone al art. 210 en oposición al derecho de defensa y, en particular, a la garantía a ser juzgado por un juez imparcial. En este orden de ideas, manifiesta que “...la aplicación al presente caso del art. 210, segundo párrafo, del CPPCABA, con arreglo a la Acordada n° 2/09, ha permitido la formación de un *incidente* o ‘*causa*’ que el Tribunal de debate podrá compulsar, accediendo de modo anticipado a la totalidad de las declaraciones, peritajes, documentos y/u objetos sin oralidad, contradicción previa ni inmediatez; todo lo cual resulta manifiestamente incompatible con la garantía a ser juzgado de modo imparcial, pues ese contacto anticipado generará en el órgano sentenciador una *influencia inconsciente*, que privará a la decisión final del caso de las condiciones objetivas (o apariencias institucionales) que integran la faz objetiva de dicha garantía” (conf. fs. 54, la cursiva corresponde al original). Continúa diciendo “...en el presente proceso, aparecen ya profundas y razonables sospechas de que el juez del debate, que tendrá la posibilidad de conocer por adelantado los elementos incriminantes aportados por la fiscalía...” (conf. fs. 54). En línea con ello, manifiesta “...cuál sería el sentido de remitir al juez de juicio las actuaciones escritas colectadas por las partes para preparar la acusación o, en su caso, la defensa en el debate, si justamente nuestro sistema procesal local es marcadamente adversarial: el tribunal de juicio no p[uede] citar testigos o peritos por propia iniciativa (art. 213, CPPCABA), tam-

co [...] formular preguntas al imputado en caso de que este decida declarar (art. 233, in fine, CPPCABA), y tampoco [...] interrogar a peritos, intérpretes o testigos (arts. 235 y 236, CPPCABA)” (conf. fs. 54 vuelta).

Asimismo, sostiene que los jueces de mérito han violado el instituto de la cosa juzgada y el sistema acusatorio al revisar, de oficio, qué constancias debía enviar el juez de garantías al juez de juicio (conf. fs. 43).

1.2. Si bien la decisión de Cámara, reseñada *supra*, por no poner fin al pleito ni impedir su continuación, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, corresponde que sea equiparada a una de esa especie porque la garantía constitucional cuya violación denuncia la defensa, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, es de aquellas solo susceptibles de tutela inmediata.

2. El art. 210, cuya interpretación se debate, dice:

“Ofrecida la prueba por la defensa, el/la Juez/a convocará a las partes a una audiencia dentro de los diez (10) días. Con las partes que concurran resolverá sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por todas ellas, previo escucharlas sobre su procedencia, improcedencia y/o inadmisibilidad. Solo podrá rechazar por auto aquellas que considere manifiestamente improcedentes o inconducentes y las que sean inadmisibles conforme las disposiciones de este Código. La decisión será irrecurrible, pero podrá ser invocada como fundamento del recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

Concluido el acto, el/la Juez/a remitirá el requerimiento de juicio y el acta de la audiencia, para que se designe el/la Juez/a que entenderá en el juicio. No se remitirá el legajo de investigación del/la Fiscal ni otras actuaciones que no sean aquellas que se acordó incorporar al debate y las

actas labradas respecto de actos definitivos e irreproducibles.

En la audiencia se podrán interponer excepciones, formular acuerdo de avenimiento y solicitar y resolver la suspensión del proceso a prueba.

De lo actuado se dejará constancia en acta”.

2.1 El primer párrafo de esa norma establece que es el juez de garantías (también llamado de la “etapa intermedia”) quien decide acerca de la admisibilidad de las pruebas de las que se pretenden valer las partes en el juicio.

El MPF debe ofrecer esas pruebas cuando requiere la causa a juicio (conf. el art. 206 del CPP) y la defensa dentro de los 5 días por los que se le corre traslado de ese requerimiento (conf. el art. 209 del CPP).

A su turno, las decisiones que el juez de garantías toma acerca de la admisibilidad de la prueba solo pueden ser cuestionadas junto con la definitiva y, consecuentemente, examinadas por la Cámara.

2.2. El segundo párrafo establece, con un detalle que no cabe soslayar, qué piezas remite el juez de garantías a fin de que sea llevado a cabo el juicio por el juez que resulte elegido a ese fin. Primeramente, “el requerimiento de juicio y el acta de la audiencia”. Estas piezas instrumentan los pedidos formulados por las partes y las decisiones del juez de garantías acerca, entre otras, de la admisibilidad de las pruebas ofrecidas. El art. 210 veda la elevación de lo que no denomina expediente sino “legajo”, con dos calificaciones insoslayables. Menciona su contenido como “de investigación”, es decir, lo refiere a una etapa que no ocurre ante ese juez de garantías sino que precede, como principio, la intervención judicial, aun cuando algunos pronunciamientos muy específicos —prisión preventiva, por ejemplo— pueden tener lugar mientras esa investigación se desarrolla (conf. el Título V del CPP). Inmediatamente el artículo dice que es del fiscal. La preposición “de” denota, al mismo tiempo

causa u origen, y posesión o pertenencia, acepciones 2.7 y 2.1 respectivamente, ambas de la Real Academia Española. El juez no puede elevarlo porque el legajo ni es el expediente, ni es del juez. Tampoco “otras actuaciones” a excepción de “aquellas que se acordó incorporar al debate y las actas labradas respecto de actos definitivos e irreproducibles”.

Vale recordar que estas categorías, a saber, pruebas en general (con excepción de las que pertenecen al segundo conjunto) y diligencias probatorias irreproducibles (es decir, las actas labradas respecto de actos definitivos e irreproducibles), se refieren tan solo a las pruebas declaradas admisibles, puesto que las que no lo fueron quedan por eso mismo eliminadas del proceso, aun cuando puedan algunas de las irreproducibles (las asentadas en actas) quedar reservadas para la hipótesis de que la decisión de no admitirlas sea eventualmente revisada por la vía antes comentada.

Se entiende que las pruebas fueron ofrecidas para ser producidas en el debate, de manera que haya intermediación entre juez de juicio y medios de acreditación de los hechos.

Pero, ejemplificando la capacidad de disposición de las partes —capacidad de disposición que se refleja en varios pasajes del CPP, vgr. el art. 107 que admite que las partes acuerden que circunstancias determinadas no necesitan ser probadas—, el código libra a su acuerdo la posibilidad de que lleguen al juicio en la versión que tuvo lugar en la etapa intermedia. El medio práctico de concretarlo es sujetarlas a la regla general de no ser elevadas dando a las partes la posibilidad de disponer una excepción a dicha regla.

También deben ser ofrecidas las diligencias irreproducibles, y pasar por examen de admisibilidad, pero, a su respecto, el legislador invierte la regla disponiendo que sean remitidas, obviamente en el único estado en que ello es posible. La razón por la que esa ha sido la solución legislativa es conjeturable. La remisión directa parece un razonable medio de brindar la máxima se-

guridad de que la prueba no sufra daño, ya que, por hipótesis, sería irreparable. Esta solución no elimina, empero, la necesidad de que alguna de las partes haya ofrecido esa prueba ni la de que el juez de garantías la haya estimado admisible. Estos actos dan ocasión a que la parte pida cuándo remitirla. Es lo que ha hecho en el caso y su pedido debió ser resuelto. Si alguna de las partes estima que recibir prematuramente estas pruebas no reproducibles puede “contaminar” al juez del juicio puede poner al juez de la etapa intermedia en el deber de tener que decidir de qué modo serán remitidas (conf. el primer párrafo del art. 210). Frente a un planteo de esa especie, el juez de garantías puede diseñar un dispositivo apto para que la prueba llegue en condiciones que armonicen su seguridad con la recepción oportuna.

Entonces, cuando se trata de prueba reproducible o irreproducibel (con excepción de las diligencias irreproducibles), el CPP libra expresamente a las partes la disposición de la prueba admitida, supeditando a su acuerdo la posibilidad de que estas pruebas sean remitidas conjuntamente con el requerimiento de elevación a juicio y el acta de la audiencia del art. 210; no contiene, en cambio, una regla expresa acerca del margen de disposición con que cuentan las partes sobre las restantes pruebas irreproducibles, pero es posible deducirlo a partir de una interpretación sistemática del enunciado en comentario en el contexto en que se encuentra inserto. Lo que hace reproducible o no una prueba no son las características del medio de prueba a cuya clase pertenece, vgr: la clase “testimonio” no es, en sí, reproducible o irreproducibile, lo que la hace de una u otra especie es la posibilidad de que la declaración de una persona concreta pueda ser prestada nuevamente (lo cual no sucedería si quien declaró como testigo, fallece); en general, los medios de prueba pueden ser de una u otra especie (es decir, reproducibles o irreproducibles), aunque probablemente haya alguno, vgr., el reconocimiento en rueda, que habitualmente se presenta rodeado de cir-

cunstances que hacen a la diligencia irreproducible. Pruebas reproducibles e irreproducibles (sea que de ellas se de cuenta en actas, o no) pertenecen a las mismas clases de medios de prueba, no hay entre ellas más diferencias que la posibilidad de recabarlas nuevamente, en tales condiciones es natural que el principio que fue explícito para las pruebas reproducibles e irreproducibles con la excepción a que me vengo refiriendo inspire la interpretación del tratamiento que el código le dio a las no reproducibles asentadas en actas, claro que con modulaciones propias de las diferencias que hacen que una prueba se convierta en una de esta segunda especie y que conducen a armonizar la necesidad de asegurarlas con la idea de disposición de las partes, tal como señalé en el párrafo anterior.

2.3. Resumiendo, el juez de garantías resuelve acerca de la procedencia de la prueba que las partes ofrecen para valerse de ellas en el juicio, y remite, únicamente, el requerimiento de elevación a juicio y el acta de la audiencia donde se resolvió qué prueba, de la ofrecida, resulta admisible. Excepcionalmente, también remite la prueba que las partes hayan “acordado incorporar al debate” y las que den cuenta de diligencias irreproducibles, siempre que se trate de prueba ofrecida y declarada admisible (con relación a estas últimas, reitero, siempre que no se hubiera generado una controversia que hubiera llevado al juez a optar por reservarlas hasta que llegue el momento adecuado para remitirlas por la vía escogida a ese fin).

3. Esa interpretación no solo es la que surge de la letra de la ley, sino la que resulta acorde con el sistema instaurado por el CPP.

Así, el CPP dispone que “[l]as actuaciones de la investigación preparatoria que no se incorporen al debate en la forma prevista en este Código no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado, excepto los actos definitivos e irre-

producibles cuya incorporación al debate sea admitida”, conf. art. 91 *in fine*.

Recordemos, además, que las dos reglas generales que rigen el debate en el juicio son la oralidad y la publicidad. Así el art. 216 establece que “[e]l debate será oral y público, bajo consecuencia de nulidad, a menos que el Tribunal resuelva por auto que por la índole del asunto deba celebrarse en privado. Esta resolución será irrecurrible. Desaparecida la causal de la restricción se deberá permitir el acceso al público.// Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta”.

A su vez, son las partes las que tienen la carga de sustentar sus argumentos en prueba que deben ofrecer, recopilar y producir en el juicio. En ese orden ideas, por ejemplo, el Código pone en cabeza de las partes, no del tribunal, la notificación a los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que deban concurrir al juicio (art. 213); prohíbe al juez interrogar al imputado (art. 233), a los peritos o intérpretes (art. 235) y a los testigos (art. 236) y, le prohíbe, también, reabrir el debate aunque considere que las pruebas reunidas son insuficientes (art. 247).

Por lo demás, el art. 239 dice que:

“Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas por la lectura de las formalmente recibidas durante la investigación preparatoria, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades pertinentes, especialmente en lo referente al control de la defensa:

1. Cuando se hayan cumplido las formas de los actos definitivos e irreproducibles.

2. Cuando el/la Fiscal y el/la imputado/a presten su conformidad.

3. Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe.”

Obsérvese que el segundo supuesto de incorporación por lectura de las declaraciones recibidas durante la investigación, que el artículo

establece, resulta concordante con uno de los supuestos de excepción previstos en el art. 210 a la remisión de la prueba, cuando exista “acuerdo entre las partes”.

4. La interpretación de la Cámara que la defensa aquí viene cuestionando no solo no surge del texto del art. 210, sino que pone a esa norma en oposición a las reglas reseñadas. Textualmente, la acordada 2/2009, sobre cuya base la Cámara resolvió, en lo que aquí importa, dice: “[e]n el caso de requerirse elevación a juicio el juez [de garantías] deberá solicitar, de no haber sido enviada, tanto la actuación judicial como aquellas que compongan el legajo de investigación. Ofrecidas las pruebas en la audiencia prevista por el art. 210 del CPP, el juez conformará la causa con aquellas constancias cuya incorporación al debate fueran requeridas por las partes. Las que no fueran incluidas serán devueltas a la fiscalía...”.

Así, la Cámara ha impuesto a los jueces la obligación de formar un “legajo” (conf. el punto 1.1 de este voto, en la Acordada se utiliza la voz “causa”) con “las constancias” ofrecidas por las partes, sin explicar cómo ello sería compatible con las reglas a las que CPP sujeta el proceso. En efecto, la Cámara parece querer trasladar, sin dar razones para ello, las reglas con que debe ser llevada la investigación a cargo del MPF, un legajo escrito (conf. el art. 101 del CPP), al proceso judicial, cuya regla general, reitero, es la oralidad y el impulso de parte.

5. Por ello, voto por hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de Cámara de fs. 31/33, y devolver las actuaciones para que, conforme fueron remitidas por el juez de garantías, continúe el trámite según el impulso que recibiere.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja, si bien fue interpuesto por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), no puede prosperar, toda vez que, como bien lo señala el señor Fiscal General, la defensa no ha fundado debidamente las afectaciones que denuncia.

2. En primer lugar, cabe señalar que en el recurso de inconstitucionalidad la defensa oficial había denunciado la vulneración de los principios de cosa juzgada, progresividad y preclusión de los actos del proceso en razón de que el tribunal *a quo* dejó sin efecto la resolución de la jueza de la etapa intermedia que había dispuesto que los elementos de prueba ofrecidos y admitidos para ser incorporados al juicio quedaran en poder de cada una de las partes, señalando que tanto la Defensa como la Fiscalía habían consentido dicha decisión, que había quedado firme. Sin embargo, lo cierto es que ese agravio no fue sostenido expresamente por el señor Defensor General en su queja, razón por la cual este Tribunal no puede expedirse al respecto.

3. En cuanto a la presunta afectación a la garantía de la imparcialidad, invocada en la queja, cabe señalar que el tribunal *a quo*, aunque rechazó *in limine* el recurso de inconstitucionalidad y mantuvo la decisión adoptada a raíz del conflicto suscitado entre las dos juezas intervinientes por el modo en que debía confeccionarse el legajo de juicio, se expidió respecto del agravio articulado en el recurso, en los mismos términos en que lo había hecho cuando resolvió aquella disputa.

En efecto, para descartar la necesidad de *tutela inmediata* pretendida por la defensa, la Cámara indicó que no advertía —por el modo en que se había ordenado confeccionar el legajo— ningún gravamen irreparable “sin perjuicio que posteriormente se logre demostrar, mediante una eventual apelación de la sentencia, que suceda al debate que está en condiciones de celebrarse, que el modo en que se confeccionó el legajo afectó de modo cierto y

concreto (y no puramente abstracto o académico) intereses y derechos de alguna de las partes” (fs. 60 vuelta).

Y en su anterior intervención, había indicado expresamente que la inclusión en el legajo de aquellas actuaciones que se había acordado incorporar al debate “no afecta(ba) en modo alguno el principio de imparcialidad del Juzgador (...) pues ella (se refería a la parcialidad) presupone la realización de algún acto procesal que conlleve una valoración de la prueba con anterioridad al debate, o que de algún modo —aunque sea indirecto— deba ser tenida en consideración, lo que no sucede de conformidad con las disposiciones vigentes” (fs. 32).

En esas condiciones, se imponía que para fundar adecuadamente la existencia de aquel agravio constitucional se indicara de qué modo concreto la jueza del debate quedaría “contaminada” por la mera recepción de la prueba documental e informativa solicitada por el fiscal —y también en este caso por la propia defensa (conf. fs. 15/22)— para su incorporación al juicio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 210 del CPPCABA, cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

Sin embargo, el recurrente, en vez de hacerse cargo puntualmente de los argumentos antes transcritos, asimiló el presente caso al que planteara en la causa “Segovia González” (expte. n° 2041/12 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Segovia González, Edenio Rubén s/ inf. art. 149 bis C.P.’”), en trámite ante el Tribunal, y reprodujo la presentación que había hecho en aquella oportunidad, sin advertir que en el *sub judice*, a diferencia de aquel, la Cámara de Apelaciones se había pronunciado concretamente sobre el agravio vinculado con la garantía de la imparcialidad, como quedó dicho más arriba.

Esa imprecisión en el planteo no satisface el requisito de fundamentación autónoma que toda queja debe cumplir.

4. En razón de las consideraciones expuestas, voto por rechazar la queja agregada a fs. 62/73. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo párrafo, ley 402), corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado según constancias de fs. 1/2 (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—’”, expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TS-JBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2006, pp. 376 y ss.).

Así lo voto.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad; *revocar* la decisión de la Cámara de Apelaciones, de fecha 2/11/2012, cuya copia obra a fs. 31/33; y *ordenar* que se remita a la jueza de juicio únicamente el requerimiento de elevación a juicio y el acta de la audiencia del art. 210 (conforme había sido dispuesto por la jueza a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 9, ver fs. 22), a fin de que continúe el trámite de estas actuaciones.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

La jueza Ana María Conde no firma por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Inés M. Weinberg

DC - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA OESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN LEGAJO DE JUICIO DE VALDIVIA, JORGE ALBERTO S/ART. 11179:149 BIS, PARR 1º AMENAZAS - C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: improcedencia. Falta de fundamentación.

Expte. SAPCyF n° 11.096/14 - 15/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Oeste interpuso recurso de queja (fs. 98/104) contra el pronunciamiento de la Sala III (fs. 91/95) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que rechazó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la resolución la jueza de grado que habilitó una instancia de mediación, a pesar de la oposición fiscal y de que ya se había formulado en el caso el requerimiento de juicio en los términos del art. 206 del CPPCABA (fs. 65/70).

2. En su presentación directa, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó al TSJ que se otorgara efecto suspensivo a su recurso (fs. 103 vuelta). El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, mantuvo el recurso de queja interpuesto y acompañó el pedido de efecto suspensivo (fs. 108/114).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como lo ha afirmado en reiteradas oportunidades este Tribunal, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende —por regla— el curso del proceso y aunque, excepcionalmente, sí es posible, mediante decisión expresa, suspenderlo antes de pronunciarnos sobre la admisibilidad del recurso directo (art. 33, ley 402), en el caso el recurrente no ha dado fundamento alguno que permita apartarse de la regla general dispuesta por la ley que regula el procedimiento ante este Tribunal, por lo que corresponde no conceder efecto suspensivo al recurso de queja.

En efecto, más allá de lo que se resuelva en su momento con relación al mérito de la queja interpuesta, la solicitud *sub examine* ni siquiera explica, concretamente y frente a las circunstancias de esta causa (en la cual existen planteos de ese Ministerio pendientes de decisión), qué intenta suspender la Fiscalía con aquel pedido o cuál sería la consecuencia de una resolución del Tribunal favorable al respecto.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo expone en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la solicitud de la Fiscalía no fue acompañada de argumentación alguna que tome en cuenta las particulares circunstancias en las que efectúa su pedido, con lo que —más allá de la decisión que se tome con relación a la cuestión traída a estudio

del Tribunal en la queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal— su genérica argumentación no resulta idónea, por insuficiente, para demostrar que corresponda apartarse de lo dispuesto por la ley 402 que regula el procedimiento ante este Estrado (conf. este Tribunal *in re*: “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Villar, Valeria y Oniszczyk, Carlos Alberto s/infracción arts. 116, 117 y 118 Organizar y explotar juego’”, expte. n° 5905/08, resolución del 24/7/2008; “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Correo Oficial de la República Argentina SA s/inf. falta de habilitación y otros’”, expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, y “Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Luicio y otros s/ley 255 [Junín 1787]’”, expte. n° 4087/05, resolución del 6/9/2005, entre otros).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso. Excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402).

En este caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re*: “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Correo Oficial de la República Argentina SA s/inf. falta de habilitación y otros’”, expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Hipódromo Argentino de Palermo SA s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—”, expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, el argumento expuesto por el Sr. Fiscal para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que se torne abstracto el tratamiento de los agravios planteados (fs. 113 vuelta).

2. En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *No hacer lugar* a la solicitud de suspensión del proceso efectuada.

2°. *Mandar* que se registre y se notifique.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCI - MINISTERIO PÚBLICO DE LA CABA - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ARJONA CABELLO, CRISTIAN GABRIEL S/INFR. ART. 111, CC²⁵

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Cuestión constitucional. Resoluciones equiparables a definitiva. Declaración de inconstitucionalidad: carácter restrictivo, improcedencia. Proceso contravencional. Principio de inocencia. Juicio previo. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Facultades del juez: alcances. Reglas de conducta. Extinción de la acción contravencional. Conducir en estado de ebriedad. Código de Tránsito y Transporte. Sistema de evaluación permanente de conductores. Scoring. Descuento de puntos. Sanciones administrativas. Poder de policía.

Expte. SAPCyF n° 10.923/14 - 15/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpuso recurso de queja (fs. 51/55) contra la resolución de la Sala I (fs. 46/47) que declaró inadmisibles sus recursos de inconstitucionalidad (fs. 40/42). Mediante ese último, se había cuestionado la resolución de la Sala I (fs. 34/36) que confirmó la decisión de la jueza de primera instancia, en cuanto había dispuesto que no debía practicarse notificación alguna, al Poder Ejecutivo, en los términos del art. 45, CC, por resultar inconstitucional aquella comunicación (fs. 20/22).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la Fiscal de Cámara sostuvo que la resolución impugnada era equiparable por sus efectos a una sentencia definitiva y resultaba arbitraria, porque se apartaba del texto positivo y de las constancias del caso, carecía de una fundamentación normativa adecuada e ignoraba la jurisprudencia de este Tribunal. Igualmente denunció que la Sala I —al considerar que la aplicación del art. 45, *in fine*, del CC se encontraba supeditada a la conformidad expresa del presunto contraventor— vulneró los principios de legalidad, división de poderes, seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

La Sala I, a su turno, declaró inadmisibles dicho recurso por considerar que la recurrente no había planteado un caso constitucional (fs. 46/47).

3. El Fiscal General, al tomar la intervención requerida por el Tribunal (fs. 58/63), sostuvo la queja y el recurso de inconstitucionalidad, propició que se revocara el pronunciamiento objetado y que se ordenara el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 45, *in fine*, del CC (fs. 58/63).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja deducida por la representante del Ministerio Público Fiscal resulta admisible porque, al margen de que ella reúne los recaudos formales extrínsecos

²⁵ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 9760/13, como parte integrante del voto del juez José O. Casás, en este tomo, p. 3532.

(art. 33, ley 402), contiene argumentos que ponen en crisis lo resuelto por el tribunal *a quo*. Los planteos que la recurrente desarrolla en su presentación permiten apreciar la existencia de una discusión constitucional que directamente desconoce la jurisprudencia de este Tribunal y el modo en que fue resuelta la controversia suscitada en el caso justifica que el Tribunal despliegue, nuevamente, las funciones que le confiere el art. 113.3, CCABA (*mutatis mutandi*, el Tribunal en “Del Tronco”, expte. n° 6785/09, resolución del 27/9/10).

Por los fundamentos que expuse en los precedentes “Martínez Valea” (expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012) y “Gallagher” (expte. n° 9860/13, resolución del 15/4/2014), entre muchísimos otros, a los que cabe remitir, en lo pertinente y/o en homenaje a la brevedad, el recurso de inconstitucionalidad articulado también debe prosperar. Ello es así, porque los pronunciamientos que fueron controvertidos por la Fiscalía aparecen carentes de apoyatura en nuevos argumentos que justifiquen este deliberado apartamiento —por parte de los jueces de las instancias inferiores— de la constante jurisprudencia del Tribunal vinculada con la cuestión planteada. En tales condiciones, aquellas decisiones resultan francamente infundadas (*Fallos*, 307:1094) y en definitiva no se sostienen como actos jurisdiccionales válidos.

En autos, la declaración de inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45, CC, que fue resuelta por la colega de primera instancia, y su peculiar confirmación por los colegas de la Sala I —sustentada en que al involucrado “no le fue informado ni consintió la consecuencia cuya imposición (...) se [le] reclama]” (fs. 35)—, no aparecen precedidas de una argumentación sólida y consistente que permita concluir que la notificación, al Poder Ejecutivo, de la suspensión del proceso a prueba constituya una afectación a la garantía del juicio previo y al principio de inocencia. Por el contrario, aquellas decisiones únicamente persiguen conjurar un perjuicio hipotético, sobre la base de una argumentación endeble, porque la comunicación judicial que la ley impone a la Justicia efectuar no resulta apta *per se* para surtir efecto lesivo alguno y la eventual disminución en el puntaje pertinente de los presuntos involucrados, que escogen, voluntariamente, someterse a esta salida alternativa, no puede ser corregida mediante una vía oblicua por los jueces intervinientes, en tanto ello consagra un exceso jurisdiccional que desorbita la función judicial, pone en crisis el principio de división de poderes y desconoce manifiestamente la asignación de roles legalmente prevista; obturando, por lo tanto, la actuación del GCBA en el ejercicio del poder de policía y en el adecuado control de las condiciones de idoneidad a las cuales se encuentran sujetas las licencias de conducir que se expiden en esta *urbe*.

En este sentido, no se han dado razones suficientes para concluir que el régimen de la suspensión del proceso a prueba ideado por el legislador de la CABA —en el cual el presunto contraventor acepta un conjunto de cargas o reglas de conducta, consecuencias sobre las condiciones de vigencia de su licencia de conducir y beneficios— se integre con “penas” o “sanciones” de alguna especie (art. 21 y ss. del CC); ni el descuento de puntos constituye una “regla de conducta”, o una opción disponible para las partes que pueda ser sometida a “acuerdo” alguno, sino que forma parte integrante del régimen legal cuya aplicación fue peticionada por el imputado. Es ineludible resaltar que aquí se ha aprovechado una salida alternativa que requiere un acto de voluntad de quien consiente someterse a aquel régimen legal e integral, a través de su pretensión de acatarlo, y que ello determina la improcedencia de toda discusión de esa regulación con base constitucional, porque, afirmar lo contrario significaría reconocer la incongruente pretensión de que se preste la conformidad limitada a los beneficios del instituto pero al mismo tiempo se formulen reservas en cuanto a su estricta aplicación.

Conviene reiterar que toda persona que decida libremente acogerse a una suspensión del proceso a prueba en esta materia conoce y acepta —sin que sea necesario ningún recordatorio de aquello que se presume conocido y surge de la propia regulación—, que, en el supuesto de que acuerde con el Ministerio Público Fiscal esa suspensión del proceso respecto de cualquiera de las contravenciones de tránsito contempladas en el citado art. 45, *in fine*, en la oportunidad en que corresponda se procederá a comunicar al GCBA el cumplimiento de la suspensión. Ello así, toda vez que el eventual descuento de puntos en el registro pertinente se encuentra establecido, en los casos de suspensiones del proceso a prueba —cumplidas—, como una consecuencia administrativa y accesoria por el Código de Tránsito y Transporte; normativa cuya aplicación, cabe recordarlo, tiene como propósito esencial garantizar la utilización adecuada y segura de la vía pública por parte de los usuarios que circulan por ella.

2. Paralelamente, también asiste razón a la recurrente y al distinguido Fiscal General en cuanto sostiene que lo resuelto por el tribunal *a quo* tiene que ser descalificado como acto jurisdiccional válido por este Tribunal (fs. 42 vuelta y 60 vuelta/61, respectivamente) por haberse apartado palmariamente de las constancias del caso. En ese sentido, aun dejando de lado la eventual incongruencia que significa que la Sala I confirmara una decisión de primera instancia que se limitó a declarar la “inconstitucionalidad” de una norma que la propia Sala en el caso entendió innecesaria (fs. 35 vuelta, *in fine*), lo cierto es que el punto de partida argumental del fallo se sustentó en una premisa o circunstancia que paradójicamente no sucedió en el caso, esto es, en la falta de consentimiento y/o aceptación expreso del presunto contraventor de que la suspensión del proceso a prueba conllevaba esta notificación al GCBA. Al respecto, basta con releer superficialmente las constancias de la causa para advertir que la alzada omitió analizar: *i*) que la Fiscalía de primera instancia, luego de proponer las reglas de conducta que consideró adecuadas al caso, puso en conocimiento del sujeto involucrado —al menos dos veces— que la concesión del beneficio “implica[ba] la comunicación al Poder Ejecutivo para que adopte las medidas administrativas (...) que resultarían aplicables en el caso que recayera condena. Ofrecimiento que el imputado, previa consulta con su defensa [oficial], aceptó” (fs. 11/12); *ii*) que, al momento de sostener el recurso de apelación que motivó la intervención del *a quo*, la Fiscal ante la Cámara recordó aquella particularidad (fs. 31 vuelta); y, por fin, *iii*) que en el recurso de inconstitucionalidad, la aludida Fiscal volvió a denunciar aquella circunstancia que invalidaba esa solución “aún si se admitiera la perspectiva adoptada por los jueces de la Sala” con respecto a la supuesta necesidad de contar con el consentimiento del imputado (fs. 42 vuelta). Nada de ello fue, a su turno, analizado por el tribunal *a quo*.

Lo dicho en el párrafo que antecede no es más que una clara muestra de que los integrantes de la Cámara, inexplicablemente y/o sobre la base de decisiones estandarizadas, se resisten a respetar la jurisprudencia unánime que sobre la cuestión suscitada ha consolidado este Tribunal; y en su estéril, pero reiterada, práctica, los distinguidos colegas ya ni siquiera parecen tener la menor intención de leer las constancias de los casos que son sometidos a su consideración, a los fines de sustentar seriamente la injustificada solución que insisten en propiciar. Esa paradójica o desprejuiciada forma de proceder merece entonces un llamado a la reflexión y a revelar un mayor compromiso en la tarea de brindar las respuestas coherentes que, como jueces, estamos obligados a dar a los justiciables.

3. En mérito a lo indicado, voto por: a) *admitir* la queja y *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; y b) *revocar* el

pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y la resolución de primera instancia que ella confirma (art. 31, ley 402).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja

1. La queja que dedujera el Ministerio Público Fiscal (fs. 51/55) satisface la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402 y resulta admisible.

Recurso de inconstitucionalidad

2. Los agravios enunciados en el escrito en análisis suscitan —en el caso— un asunto de índole constitucional (art. 27 de la ley 402).

3. Es oportuno recordar, en primer término, que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió: “*Confirmar* lo decidido por la Magistrada de grado (...) en cuanto no hace lugar al libramiento del oficio al Poder Ejecutivo prevista en el art. 45 *in fine* del CC.” (fs. 36). En efecto, la Sala entendió que: a) “[s]in perjuicio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la regla cuestionada [último párrafo del art. 45 del CC] (...), no resulta posible la aplicación de la norma en cuestión”; b) “(...) [l]a procedencia de la suspensión del juicio a prueba requiere la conformidad del imputado (...)” y c) “[e]n el presente caso, (...) cuando el titular de la acción acordó con Cristián Gabriel Arjona Cuello la suspensión del presente proceso a prueba (...), no le fue informado ni consintió la consecuencia cuya imposición hoy se reclama (...)”. (fs. 35).

4. La Fiscalía sostuvo que la resolución que emitiera la Cámara incurre en arbitrariedad —afectando derechos de índole constitucional— pues se aparta del texto positivo y de las constancias de la causa, como también carece de fundamentación normativa adecuada.

En apoyo de su postura, expresó lo siguiente: “(...) la Sala I no comparte que (...) quien voluntariamente acordó, se sometió y cumplió la suspensión del proceso a prueba, en un caso que encuentra tipificación en el art. 111, CC, es pasible de las medidas administrativas que el Poder Ejecutivo eventualmente dispondrá” (fs. 42).

5. La cuestión aquí debatida en punto a la interpretación del art. 45 último párrafo del CC es análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Santambrogio, Roberto Oscar s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 9253/12, resolución del 08/5/2013.

Las razones que expusiera en dicha causa son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en el presente caso.

En el precedente aludido dije: “...la suspensión del proceso a prueba es un mecanismo, establecido en el Código Contravencional (art. 45), cuya aceptación (voluntaria) solo asegura a quien cumpliera con las pautas asumidas, que evitará el juicio. En consecuencia, la hermenéutica propuesta por la Sala interviniente —en el sentido de que el descuento de puntos constituye (en el marco de autos) una pena sin infracción comprobada— pierde de vista que el (...) [imputado] aceptó, voluntariamente, la *probation* cuya regulación legal prevé la posibilidad de que se notifique al Poder Ejecutivo en los términos del art. 45 del CC”.

6. Por lo expuesto, voto por: a) admitir la queja que dedujera el Ministerio Público Fiscal (fs. 51/55), b) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad (fs. 40/42 vuelta)

y c) revocar el pronunciamiento que dictara la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 34/36).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El representante del Ministerio Público Fiscal viene en queja ante este Tribunal contra la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que cuestionaba, a su vez, la resolución de la Cámara que confirmó la adoptada en primera instancia que había dispuesto “*Declarar la inconstitucionalidad* del art. 45, último párrafo, de la ley 1472” (foja 21 vuelta).

La presentación directa fue interpuesta en legal tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402) y contiene una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, el representante del Ministerio Público Fiscal presenta con éxito un caso de competencia del Tribunal vinculado con las previsiones de los arts. 18, C.N. y 13.3, CCABA, en tanto señala una extralimitación jurisdiccional por parte de los magistrados actuantes que no se ajusta al desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso. En este sentido, cuestiona de manera suficiente el razonamiento del que se valieron los jueces de la Alzada para prescindir de la aplicación de una norma vigente —sin analizar expresamente su validez constitucional pero confirmando, en definitiva, la decisión que únicamente había dispuesto declarar su inconstitucionalidad— y de varios precedentes de este Tribunal que el recurrente considera aplicables al caso. Paralelamente, su pretensión de que sean restablecidas las consecuencias previstas en la última parte del art. 45, CC no podrá ser analizada en otro momento procesal.

2. El recurso de inconstitucionalidad presentado por la parte acusadora también prosperará pues, a mi juicio, rebate de manera suficiente los escasos desarrollos utilizados en la decisión impugnada para evadir la aplicación de la última parte del art. 45 del CC.

Sucintamente, la Cámara confirmó la decisión que —reitero— únicamente había dispuesto declarar la inconstitucionalidad del art. 45, *in fine*, del CC. Para así resolver, los magistrados sostuvieron, que “sin perjuicio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la regla cuestionada, *última ratio* del ordenamiento jurídico, no resulta posible la aplicación de la norma en cuestión” en tanto “cuando el titular de la acción acordó con Cristian Gabriel Arjona Cabello la suspensión del presente proceso a prueba [...] no le fue informado ni consintió la consecuencia cuya imposición hoy se reclama” (fs. 34 vuelta/35).

Sin embargo, tal como lo expone la recurrente, en el momento en que se acordó la aplicación del instituto previsto en el art. 45 del CC, el representante del Ministerio Público Fiscal hizo saber al imputado que “la concesión de la presente [suspensión del proceso a prueba] implica la comunicación al Poder Ejecutivo para que adopte las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo de Tránsito y Transporte”. Asimismo, hizo constar que el imputado, frente a ello, “previa consulta con su defensa, acepta” (foja 12). Esta circunstancia es omitida por la Alzada cuando afirma que el Sr. Cristian Gabriel Arjona Cabello “no [fue] informado ni consintió la consecuencia cuya imposición hoy se reclama” (foja 35). Este ostensible desconocimiento de las circunstancias del caso alcanza para descalificar la decisión en cuestión como acto jurisdiccional válido.

De cualquier modo, cabe agregar lo ya expuesto en reiterados pronunciamientos de este Tribunal, en cuanto a que la previsión del último párrafo del art. 45, CC no constituye una “pauta de conducta” cuya aplicación pueda ser o no convenida por las partes. Se trata, en cambio, de una previsión legal no sometida a acuerdo alguno y des-

tinada a que la suspensión del proceso a prueba no impida la posibilidad de aplicación del sistema de evaluación permanente de conductores.

En el caso, no ha sido cuestionado que el imputado requirió, junto con su letrado defensor, la aplicación del instituto previsto en el art. 45, CC —que, como se explicó, incluye concretamente la posibilidad de “quita de puntos” en cuestión—, sin que se invocara en esa oportunidad la inconstitucionalidad de ninguna de las consecuencias legalmente previstas en la norma citada. Contrariamente, como se afirmó precedentemente, el imputado fue específicamente puesto en conocimiento de las consecuencias del acuerdo y, previa consulta con su asistente técnico, manifestó su conformidad (foja 12).

A raíz de dicha solicitud, con la conformidad del representante del Ministerio Público Fiscal, la jueza suspendió el proceso a prueba y sometió al imputado a las disposiciones del art. 45, CC. En síntesis, la suspensión del proceso a prueba se debió a un pedido expreso y unilateral del imputado que, además, estuvo asistido en todo momento por su defensor de confianza (foja 12), de todo lo cual puede presumirse, fundadamente, que estuvo asesorado en forma debida sobre los alcances del instituto (conf. mi voto *in re* “Bony, Carola s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760, resolución del 12/3/2014).

Ninguna de estas afirmaciones fue controvertida por los jueces de la Cámara, quienes además de desconocer las constancias de la causa, se limitaron a considerar como una opción aquello que, en el caso, constituye una imposición legal. Desde esta perspectiva, la resolución del *a quo* configura un acto de pura autoridad pues desconoce la ley aplicable al caso sobre la base de una fundamentación lábil e inconsistente. En ese sentido, cabe señalar que los jueces no pueden abrogarse el papel de legisladores estableciendo exigencias adicionales o formulando distingos que el precepto legal no contiene. Actos de tal naturaleza no se exhiben como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa y deben, por tanto, ser descalificados como actos jurisdiccionales válidos (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público Fiscal de la CABA —Fiscalía de Cámara Sudeste— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gallagher, Carlos Esteban s/inf. art. 111, CC, Inconstitucionalidad”, expte. n° 9860, resolución del 15/4/2014).

3. Por último, al margen de que los magistrados no dieron fundamento alguno para sostener la invalidez del art. 45, *in fine*, del CC, la decisión aquí recurrida confirmó otra que sí declaró la inconstitucionalidad de dicha regulación legal. Esa decisión también debe ser dejada sin efecto.

En primer lugar, dado que la cuestión considerada en esa decisión resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13, resolución del 12/3/2014, a cuyos argumentos me remito y de la que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

Finalmente, en tanto se encuentra desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar su deliberado apartamiento de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2 —s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012, entre muchos otros), razón por la cual se exhibe infundada (confr. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

4. Corresponde, en consecuencia, admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la resolución de Cámara que confirmó la decisión dictada por la jueza de primera instancia en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 45, *in fine*, del CC, la que también se deja sin efecto.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Ministerio Público Fiscal (fs. 51/55 y 40/42).

2°. *Revocar* el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 64/66 de los autos principales) que confirmó la decisión dictada por la jueza de primera instancia (fs. 44/46 de los autos principales), la que también se deja sin efecto.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 9760/13, como parte integrante del voto del Sr. juez José O. Casás.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano no firman por encontrarse en uso de licencia.

Fdo.: José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCII - CARDENAS, EDUARDO D. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD S/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Beneficio de litigar sin gastos: procedencia. Acción declarativa de inconstitucionalidad.

Expte. SAO n° 9884/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Eduardo Cárdenas solicita que el Tribunal le conceda el beneficio de litigar sin gastos, en los términos del art. 72 y ss. del CCAyT, con relación al recurso extraordinario federal que interpusiera en los autos “Cárdenas, Eduardo D. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. n° 9884/13) contra la sentencia de este Tribunal que declaró inadmisibles las acciones de inconstitucionalidad deducidas (fs. 120/123 vuelta de los autos principales), y a la eventual queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En su presentación, el peticionante sostiene que carece “...de ingresos y de fortuna suficientes...” para asumir los “...gastos, costas y tasas que podrían generarse en

la tramitación de un recurso extraordinario federal (arts. 14 y 15 de la ley 48 y 256 y ss., CPCCN), así como un eventual recurso de queja...” (fs. 11).

Manifiesta que no tiene “empleo formal” (fs. 13) y que sus únicos ingresos consisten en el sueldo de su pareja y la pensión graciable otorgada a su hijo como consecuencia de la discapacidad que padece. Acompaña como prueba documental certificados de nacimiento de sus dos hijos, certificado de discapacidad (ley 22431) de uno de ellos (fs. 6), comprobante del haber mensual de pensión graciable (fs. 8), recibo de sueldo de su pareja (fs. 9) y la certificación negativa del ANSES (fs. 10).

Por resolución del 11/6/2014 (obrante fs. 207/214 de los autos principales), el Tribunal deniega el recurso extraordinario federal deducido por el solicitante, imponiéndole las costas,

2. A fs. 16, se ordena la producción de la prueba ofrecida con citación al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de la fiscalización prevista en el art. 74 CCyT (cédula obrante a fs. 23).

Los testigos que declaran en la audiencia de fecha 22/4/2014 afirman que el actor “solo trabaja en changas”, que no vacaciona, ni tiene obra social y que “el GCBA los relocalizó del asentamiento Magaldi” en el departamento en el que vive sin ser propietario (fs. 26 y 27). Los informes de los Registros de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (fs. 31), de la Provincia de Buenos Aires (fs. 51) y del Automotor (fs. 47), dan cuenta de que el solicitante no es titular de bienes registrables.

A fs. 55/59 obra el informe socio ambiental referido al actor, efectuado por la licenciada en trabajo social Magalí Destreé a requerimiento de la Defensoría General.

3. Corrido el traslado ordenado por el art. 75 CCyT (fs. 60), las partes guardaron silencio.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Examinar la pertinencia del beneficio de litigar sin gastos con el alcance solicitado por el accionante, exige confrontar la situación económica del Sr. Cárdenas con los gastos que le generó la imposición de costas por la denegatoria del recurso federal interpuesto y, la eventual queja que podría deducir ante la Corte Suprema de Justicia (art. 285 CPCCN).

2. En atención a lo establecido por los arts. 25 y 26 de la ley 402, y toda vez que el peticionante ha actuado con el patrocinio del Ministerio Público de la Defensa, los gastos que debería afrontar —en caso de no obtener el beneficio impetrado— son los correspondientes a los honorarios de los abogados de la Procuración General de la Ciudad por su actuación al contestar el recurso extraordinario federal deducido por el accionante y denegado por el Tribunal, y el depósito previo por la eventual queja por denegación del recurso extraordinario federal que pudiera presentar ante la CSJN (art. 286 CPCCN).

La Corte, por Acordada n° 2/2007, fijó el importe del depósito en la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) y el 16/9/2014 lo elevó a quince mil (\$ 15.000) para las quejas presentadas a partir del día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial (Acordada n° 27/2014).

3. Conforme reiterada doctrina de la CSJN, la concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial, en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo

del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas (conf. *Fallos*, 311:1372; 315:276; 330:1110).

En el mismo sentido, ntambién se ha dicho que no es imprescindible producir una prueba tal que otorgue un grado absoluto de certeza sobre la pobreza invocada, sino que basta con que se incorporen a las actuaciones suficientes elementos de convicción que permitan verificar razonablemente que el caso encuadra en el supuesto que autoriza su otorgamiento (conf. *Fallos*, 311: 1372).

4. Estas circunstancias se configuran en autos, pues de la prueba producida —reñada en el punto 2 de los “resulta”— surge que el peticionante no es titular de bienes registrables y no tiene un empleo fijo, lo que permite concluir que los medios económicos con los que cuenta no resultan suficientes para afrontar gastos que excedan los comunes de su subsistencia diaria.

Por otra parte, debe destacarse que el GCBA no se ha opuesto a la concesión de la franquicia solicitada, ni ha impugnado los medios de prueba precedentemente analizados.

5. En tales condiciones, corresponde admitir la petición y, en consecuencia, conceder a Eduardo D. Cárdenas el beneficio para litigar sin gastos solicitado.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, INÉS M. WEINBERG, ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el beneficio de litigar sin gastos solicitado por Eduardo D. Cárdenas a fs. 11/16.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCIII - CAPUTO, ELIZABETH MARINA ANA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN CAPUTO, ELIZABETH MARINA ANA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva: improcedencia. Medidas cautelares. Derecho a la vivienda digna.

.....

Expte. SACAyT n° 10.726/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Elizabeth Marina Ana Caputo dedujo recurso de queja (fs. 1/17 vuelta) contra la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 203/204 vuelta del in-

cidente de apelación, expte n° A56593-2013/1 (a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa). Este último se había dirigido contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que admitió el recurso del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y, en consecuencia, dejó sin efecto la medida cautelar concedida a la actora por el juez de grado, que le ordenaba al GCBA garantizarle el acceso a una vivienda en condiciones dignas, incluyéndola en un programa habitacional que le permitiese atender el valor actual del mercado, hasta tanto se resolviese la cuestión de fondo (fs. 94/99).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara sostuvo que se trataba de una "...persona adulta, sin problemas de salud, y que podría insertarse en el mercado laboral toda vez que c[ontaba] con experiencia laboral en diversas actividades" (fs. 129 vuelta/130), y concluyó en que no se encontraban reunidos los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una situación de vulnerabilidad social.

3. La recurrente afirmó que, si bien la resolución cautelar no es la sentencia definitiva, correspondía que fuera equiparada a una de esa especie porque el agravio que le producía la decisión resultaba de insuficiente o imposible reparación ulterior, pues la colocaba nuevamente en inminente situación de calle con la consiguiente afectación permanente de sus derechos. Manifestó que la Cámara se había apartado de los agravios del GCBA e insistió en que la situación de vulnerabilidad era la misma que había motivado primigeniamente su inclusión en los programas habitacionales y que, a su entender, el *a quo* había excluido sin fundamentos (fs. 156/179).

4. La Cámara sustentó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad en que la parte recurrente no había logrado explicar cuáles eran los perjuicios de carácter irreparable que la medida impugnada podría causarle, para equipararla a una sentencia definitiva (fs. 203/204).

5. El Sr. Fiscal General consideró que correspondía rechazar el recurso de queja, porque no se trataba de una sentencia definitiva y no se verificaba la existencia de un caso constitucional (fs. 29/32 vuelta, de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque la actora no rebatía suficientemente la razón por la cual la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de sentencia definitiva. [conf. la doctrina de mi voto in re "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)'" , expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008].

2. Por lo demás, aun cuando cupiera equiparar a definitiva la resolución impugnada porque el perjuicio que alega que le ocasionaría -"encontrar[se] nuevamente en inminente situación de calle o en un alojamiento inadecuado, con la consiguiente afectación permanente de [sus] derechos"-, por sus características, requiere una tutela inmediata; el planteo que formula la recurrente contra la sentencia objetada respecto a que se entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el *a quo* en el sentido de que "...no se encuentran reunidos los extremos necesarios para sostener, en principio, la

existencia de una situación de vulnerabilidad social que imponga a esta sala confirmar la cautelar dictada en la instancia de grado” (fs. 130 del incidente de apelación, expte n° A56593-2013/1).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, voto por rechazar la presente queja interpuesta por la actora.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por la actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios —tal como han sido planteados—, no critican concreta y fundamentalmente las razones dadas por la Cámara al decidir el rechazo del recurso.

La Sala sostiene, y no fue objeto de réplica por la recurrente, que el pronunciamiento impugnado — por el que se revoca la tutela cautelar concedida en primera instancia— no cumple con el requisito de sentencia definitiva establecido por el art. 27 de la ley 402, no acreditando la impugnante que aquella fuera asimilable a una de tal característica (fs. 203/204 vuelta del expte. A56593-2013/1).

La ausencia de una crítica concreta sobre este razonamiento hace que la queja carezca de la fundamentación exigible a ese tipo de recurso.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con la dictaminado por el Sr. Fiscal General, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la actora a fs. 1/17 vuelta Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma, no obstante, no podrá prosperar, toda vez que los agravios expresados por la actora no logran rebatir adecuadamente los motivos que tuvo en cuenta la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del argumento central de la resolución de la Cámara que deniega el recurso, que es, en el caso a estudio, que la sentencia impugnada carece de la condición de ser definitiva o equiparable a tal. Esta sola circunstancia resulta suficiente para determinar que la queja interpuesta debe ser rechazada.

3. En este sentido, no está de más recordar que este Tribunal ha establecido como doctrina que “... Es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza...” (*in re*: “Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—’”, expte. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002; entre muchos otros). Ello es así, aún en los casos en que la cautelar haya sido dispuesta durante el trámite de una acción de amparo, como sucede en esta causa [al respecto, ver la interpretación del TSJ del art. 22 de la ley 2145 en “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCA-BA)’”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/008; entre muchos otros].

Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión como la objetada en autos, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado

del proceso. A este efecto, no bastan las invocaciones genéricas a derechos o principios constitucionales como las que sustentan el recurso de queja.

4. La recurrente afirma en la queja su imposibilidad de "...costear, por [sus] propios medios, el pago íntegro de un alquiler para acceder a una vivienda digna..." (fs. 10 vuelta). A partir de ello, sostiene que la decisión de la Cámara "...provoca una afectación al derecho de vivienda digna sin fundamento alguno vulnerando —de modo manifiesto— [sus] derechos humanos constitucionales necesariamente relacionados con aquel, constituyendo una sentencia arbitraria que no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido de acuerdo con los cánones establecidos por nuestro Máximo Tribunal Federal de Justicia" (fs. 16).

No obstante estas afirmaciones, la interesada no ha logrado demostrar que la decisión objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí sostiene, reúna la condición de definitiva con relación a una cuestión constitucional como lo exige el art. 27, ley 402, ni el carácter irreparable de los agravios que invoca.

En consecuencia, y sin que ello implique pronunciarme acerca de la pertinencia de la medida cautelar rechazada por la mayoría de la Sala II, sino tan solo por la procedencia del recurso de hecho intentado por el GCBA, considero que la queja debe ser rechazada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que la presente queja debe ser rechazada, por los motivos que expondré a continuación.

2. Si bien ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar* en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145 resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad [v. mi voto en minoría *in re*: "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)'" , expte. n° 5872/08, resolución del 27/8/2008], el recurso de hecho no puede tener favorable acogida en tanto la parte actora no ha logrado delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

3. En mi concepto, los genéricos argumentos esgrimidos por la accionante con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no evidencian fundadamente las causales las cuales resultaría palmariamente insostenible la decisión resistida que, en este estado larval del proceso, y a la luz de las constancias arrimadas a la causa, afirmó que no se encontraban reunidos los extremos necesarios para sostener que los accionantes se encontraran en una situación de vulnerabilidad social en los términos de la ley 4036; lo que impedía entender configurados los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada. En consecuencia, más allá del acierto o error de lo decidido, no se ha logrado demostrar que el pronunciamiento resistido constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Antes bien, la recurrente propone que este Estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente vinculadas a la situación de la actora, a partir de su discrepancia con los fundamentos que dejaron sin efecto la medida precautoria requerida.

Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues solo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctri-

na de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re*: “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre otros].

3. Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que no ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el particular supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

4. Por lo demás, me permito añadir que, en caso de variar sustancialmente la situación fáctica de la parte actora, nada obsta a que recurra ante los jueces de la causa para acreditar tales extremos y requerir el dictado de una nueva medida provisional pues lo decidido en autos, por tener esa naturaleza, no causa estado.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por la parte actora.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar su acceso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que la amparista no había impugnado una sentencia definitiva.

Agregaron que, aunque el recurso de inconstitucionalidad también puede dirigirse contra una sentencia equiparable a definitiva, “...corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal...” (fs. 204 del incidente n° A56593-2013/1, al que corresponderá la foliatura que mencione a continuación, siempre que no indique lo contrario).

Por fin, concluyeron que “...de los fundamentos expuestos por la parte recurrente (...), no surge acreditado que la sentencia de esta sala le produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva. Ello en tanto, pese a sus esfuerzos argumentativos, la actora no logra explicar cuáles son los perjuicios actuales o futuros de carácter irreparable que considera que podría causarle la medida impugnada” (fs. 204).

Los jueces expusieron que la invocación de arbitrariedad no resultaba suficiente para soslayar el requisito de sentencia definitiva.

3. En su queja, la Sra. Caputo explica que la decisión de la Cámara que revocó la medida cautelar dispuesta a su favor le provoca un gravamen irreparable, pues la coloca “...en manifiesta situación de calle” (fs. 1 vuelta de la queja). Precisa que, con sus magros ingresos, no le es posible costear una vivienda. Y es tajante cuando afirma —y esto conviene transcribirlo— que: “En este caso concreto, no se tuvo presente —al momento de rechazar de manera meramente dogmática el recurso de inconstitucionalidad interpuesto— mi patente situación de vulnerabilidad. Téngase presente que la imposi-

bilidad cierta de acceder a un empleo por el que obtenga un sueldo digno que me permita costear, por mis propios medios, el pago íntegro de un alquiler para acceder a una vivienda digna, se traduce en que si no recibo la asistencia económica habitacional por parte del GCBA retorno directamente a la situación de calle que motivó el inicio de la presente acción de amparo” (fs. 10 de la queja).

Las manifestaciones reseñadas satisfacen la carga de fundamentación prevista en el párr. 2º del art. 33 de la LPTSJ.

4. Quiero añadir que es difícil imaginar una consecuencia más gravosa e irremediable que vivir en la calle. Se trata de un sufrimiento cuya reparación posterior es francamente imposible. Sorprenden, por ello, los términos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, con ligereza, tuvo por no acreditado este aspecto.

Para los magistrados de la Sala II, cuando la amparista sostiene que su decisión de fondo tiene como consecuencia devolverla a la situación de calle, no logra explicar cuáles son los perjuicios que aquella le irroga.

Como tengo dicho,²⁶ los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

5. Por las razones expuestas, y en atención a que el derecho invocado por la autora requiere tutela inmediata, corresponde admitir la queja en análisis y tratar los agravios vertidos en su recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad:

6. La Sra. Elizabeth Marina Ana Caputo promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) con la que requirió, como medida precautoria, su incorporación en uno de los programas habitacionales creados por la parte demandada, “los que deberán proveer ‘una prestación que comporte un auxilio cierto, concreto y suficiente para el acceso a un alojamiento que reúna condiciones dignas de habitabilidad’” (fs. 2).

7. A fs. 94/99, el juez de primera instancia tuvo por acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y concedió la tutela cautelar requerida. En ese sentido, explicó:

- i) que “se trata de una mujer sola que habita la Ciudad, que carece de ingresos fijos y tiene 54 años de edad” (fs. 97 vuelta);
- ii) que “[r]esulta relevante destacar que la propia demandada habría considerado comprendida a la actora dentro del universo de personas con prioridad en el goce del derecho a la vivienda (...), al evaluar si reunía las condiciones para ingresar al *Programa Atención para Familias en Situación de Calle* (conf. arts. 4 y 11 del dto. 690/06). Y que sin reiterarle una nueva

²⁶ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

evaluación, no otorgó respuesta alguna a la renovación solicitada...” (fs. 97 vuelta), y

- iii) que “la permanencia de la actora entre las personas que pueden ser calificadas en situación de pobreza crítica y de escasos recursos, surge, *prima facie*, no solo del Informe Social elaborado por una trabajadora social de la Defensoría General (...), sino también de las derivaciones realizadas (...) por el Parador Azucena Villaflor de las cuales surge que la actora se encuentra en situación de calle...” (fs. 97 vuelta).

En relación con el peligro en la demora, afirmó que “[l]a afectación actual del derecho surge, *prima facie*, de la situación de calle en la que se encuentra la actora...” (fs. 98).

8. En el recurso de apelación de fs. 103/112, el demandado no incluyó una sola línea destinada a poner en crisis las razones que el magistrado de primera instancia considerara para hacer lugar a la medida cautelar.

Allí, en cambio, se agravio de que la prestación objeto de la condena cautelar se apartaba de lo previsto en el dec. 690/06, y que por ello resultaba de cumplimiento imposible.

Sostuvo, a su vez, que no concurría el requisito de verosimilitud del derecho porque “no existe acto administrativo, hechos u omisiones que puedan imputarse a las autoridades del GCBA, por lo cual no puede concurrir el requisito de verosimilitud del derecho, entendida como verosimilitud de la ilegitimidad del acto u obrar impugnado, ello en razón que no puede haber apariencia de aquello que es inexistente”. Explicó que, por las mismas razones, no podía tenerse por acreditado el peligro en la demora (fs. 105 y vuelta).

Dedicó el resto de su presentación a denunciar una “invasión por parte del Poder Judicial de la zona de reserva y de las prerrogativas constitucionales de la Administración” (fs. 107 vuelta), y que la resolución cuestionada pasaba por alto la jurisprudencia del Tribunal (fs. 109)

9. La mayoría de la Cámara del fuero no trató ninguno de los agravios reseñados en el punto anterior. En cambio, se limitaron a enumerar las actividades laborales que la actora dijo haber efectuado en su demanda, y sus instancias de acceso a la educación formal (fs. 129 vuelta).

Precisaron que la actora “es una persona adulta, sin problemas de salud, y que podría insertarse en el mercado laboral toda vez que cuenta con experiencia laboral en diversas actividades...” (fs. 129 vuelta y 131).

Como conclusión de lo expuesto, manifestaron que “no se encuentran reunidos los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una situación de vulnerabilidad social que imponga a esta sala confirmar la cautelar dictada en la instancia de grado” (fs. 130).

10. En este escenario, no cabe más que concluir que asiste razón a la parte actora cuando sostiene —en su recurso de inconstitucionalidad— que el fallo de la Sala II es violatorio del principio de congruencia (fs. 163 y ss.), lo que constituye una afectación del debido proceso legal. La Sra. Caputo, además, explica adecuadamente que los vocales decidieron una cuestión no propuesta y consentida por la contraparte. Subraya que la decisión que impugna “...se sustenta en no encontrarse verificada en el presente la situación de vulnerabilidad requerida, sin advertir, no solo que ello no se encontraba controvertido, sino también que ha sido el propio GCBA quien [la] incorporó al programa de subsidios y no ha demostrado que [su] situación desde entonces ha[ya] variado...” (fs. 162 vuelta). Destaca por fin, con acierto, que la Cámara pasó por alto

que, en su recurso de apelación, la parte demandada no se refirió a la amparista, sino a otra persona, que no está involucrada en el caso de autos.

II. Por las razones expuestas, corresponde i) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la Sra. Elizabeth Marina Ana, revocar la sentencia impugnada, y dejar subsistente la de primera instancia que concedió la tutela cautelar. Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Elizabeth Marina Ana Caputo.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCIV - PAZ, MIRTHA VIVIANA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN PAZ, MIRTHA VIVIANA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Cuestión no constitucional. Derecho a la vivienda digna.

Expte. SACAyT n° 10.004/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

I. La Sra. Mirtha Viviana Paz promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad de su grupo familiar, que atribuyó al demandado. Preciso, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de un subsidio, que este debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características, y planteó la inconstitucionalidad de los arts. 4°, 5° y 6° del dec. 690/06. Como medida precautoria, solicitó su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 1/58 de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

El juez de primera instancia rechazó la tutela cautelar requerida, decisión que fue revocada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, quien la concedió.

Oportunamente, el magistrado rechazó la demanda (fs. 215/222).

2. La Sra. Paz y el Ministerio Público Tutelar apelaron la sentencia (fs. 226/235 y fs. 241/243 vuelta, respectivamente). La Sala interviniente —en lo que aquí corresponde destacar— rechazó el recurso interpuesto por la parte actora y confirmó la sentencia de primera instancia. Para así decidir, los jueces sostuvieron que “...no surge prístina la situación de vulnerabilidad en que se encontraría el grupo familiar de la actora, dadas las buenas condiciones en las que se encontraría la Sra. Paz para acceder a un empleo, en atención a que no posee ninguna desventaja por razones de salud y cuenta con una educación universitaria casi concluida” (fs. 265 vuelta).

3. Contra el fallo de la Cámara, la amparista interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 299/317), cuya denegatoria (fs. 335/336 vuelta) dio lugar a la queja de autos (fs. 1/16de la queja).

4. Requeridos sendos dictámenes, la Sra. Asesora General Tutelar sostuvo que correspondía declarar admisible la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora y revocar la sentencia recurrida (fs. 27/42 vuelta, de la queja). Por su parte, la Sra. Fiscal General Adjunta propició admitir el recurso directo y rechazar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 45/47 vuelta, de la queja).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

2. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad la mayoría de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que “las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen, todas ellas de carácter infraconstitucional (...) [y que] las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados [por la actora] no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada” (fs. 335/vta de los autos principales).

De conformidad con lo expuesto, los planteos formulados por la recurrente en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

En cuanto al planteo de la congruencia debe destacarse que fue la propia actora la que al apelar el decisorio de primera instancia habilitó con la formulación de sus agravios la revisión de la cuestión de fondo —véase fs. 226/235 del ppal.—, y por otra parte debe recordarse también que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, corresponde colegir del examen de la sentencia cuestionada, que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los planteos vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones vertidas, deviene abstracto tratar aquí la cuestión de los efectos del recurso interpuesto; y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Corresponde rechazar la queja de fs. 1/16, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el *a quo* haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y el voto del juez Lozano *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no era una cuestión a cuyo respecto existiera controversia, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el *a quo* excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia (vgr., que la actora es una mujer de unos 40 años, que vive con su hija menor de edad, “...posee casi completos sus estudios universitarios[...], alquila un monoambiente en la misma casa en la cual cuida a un adulto mayor, labor por la cual, según afirma, obtendría (\$200) [*sic*] semanales[...], contaría con la asignación familiar por hijo, cuyo importe destinaría al pago del jardín de infantes de su hija menor...”, V. fs. 265 de los autos principales)— colocaban o no a la actora dentro de la clase “personas en situación de vulnerabilidad social” según la define el art. 6 de la ley 4036; ni por qué el análisis de la pretensión recursiva de la actora contra la sentencia de primera instancia que había rechazado su amparo, no imponía establecer, a los efectos de resolver si hacer lugar o rechazar la apelación, si la situación de la actora generaba la obligación cuya titularidad había sido negada por la sentencia cuestionada.

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (fs. 314 vuelta de los autos principales) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y que “...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que

ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona” (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que, en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. el voto que conjuntamente suscribimos *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘K.M.P. c/GCBA s/amparo” (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

4. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que la recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite, por un lado, a la apreciación de la prueba (a cuyo respecto los jueces de mérito entendieron que “...debe ponderarse que toda la prueba aportada al respecto son manifestaciones de los interesados, no existiendo recibo formal alguno anejado a las presentes actuaciones [... y que] debe destacarse que [los relatados...] fueron los datos con los que contó el juez de primera instancia, no pudiendo constituir el recurso de apelación una nueva instancia probatoria para demostrar, aclarar, o sanear lo no demostrado oportunamente”, V. fs. 265 vuelta de los autos principales; y que “...en relación con el padre de la menor, no se había mencionado si tenía ocupación o si se habría realizado alguna diligencia para ubicarlo y hacer efectivas sus obligaciones familiares”, V. fs. 264 de los autos principales) y, por el otro, a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, para determinar la subsunción o no del caso en el supuesto contemplado por el art. 6 de la mencionada ley 4.036, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el *a quo* al señalar que “...no surge prístina la situación de vulnerabilidad en que se encontraría el grupo familiar de la actora, dadas las buenas condiciones en las que se encontraría la Sra. Paz para acceder a un empleo, en atención a que no posee ninguna desventaja por razones de salud y cuenta con una educación universitaria casi concluida” (fs. 265 vuelta).

5. Finalmente, el modo que se resuelve no impide a la actora insistir en su pretensión si entiende que se han modificado las condiciones sobre cuya base se resuelve. Ello así, toda vez que, las decisiones en esta especie de procesos solo causan estado con relación a aquellas cuestiones que se mantienen inalteradas (conf. la doctrina sentada en nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014, ver, en particular, el punto 16 de ese voto).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, pues la recurrente no ha logrado acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA.

2. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento. Ello así, en la medida en que fue la propia actora quien recurrió la

sentencia de primera instancia agravándose porque el *a quo* había entendido que no se encontraba en una situación de vulnerabilidad.

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6 de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron que “no surge prístina la situación de vulnerabilidad en que se encontraría el grupo familiar de la actora, dada las buenas condiciones en las que se encontraría la Sra. Paz para acceder a un empleo, en atención a que no posee ninguna desventaja por razones de salud y cuenta con una educación universitaria casi concluida” (conf. fs. 265 vuelta, autos principales).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación de la accionante, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (v. gr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaran los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, tal como destacan mis colegas Conde y Lozano, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales

en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales²⁷ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros).

En suma, coincido con mis aludidos colegas en que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo

²⁷ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

respetar, en las circunstancias actuales, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho del accionante, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael

y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural²⁸.

²⁸ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifican (art. 10 de la CCABA).

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

5. *Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:*

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse*

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”²⁹ o “Sejean”³⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

²⁹ 347 Scotus 483 (1954).

³⁰ *Fallos*, 308:2268 (1986).

6. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechazó la demanda por insuficiencia de prueba. Le impone así a la actora una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula elegida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable, ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho,³¹ los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil

³¹ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de *ranking* de miserias según el cual la Sra. Paz y su hija no reunirían suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer de 43 años y la niña que está a su exclusivo cargo —sujetos de preferente tutela según las leyes n° 4036 y n° 4042—, que se sostienen con los exiguos ingresos que la Sra. Paz obtiene en la economía informal y que carecen de red de contención familiar o social alguna. Al señalar que la actora, por su formación, se encontraría en buenas condiciones para acceder a un empleo los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la edad, ser una mujer con cargas de familia y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolozá” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

8. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: i) hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la parte actora, ii) revocar la sentencia de la Sala II, y iii) hacer lugar a la demanda y condenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad de la Sra. Mirtha Viviana Paz y de la niña a su cargo mientras duren las circunstancias que dieron lugar a su demanda, iv) imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen de la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Mirtha Viviana Paz.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCV - HERRERA, JUAN FRANCISCO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Arbitrariedad de sentencia. Deberes y facultades del juez. Sentencia. Reglas para dictar sentencias. Fundamentación de sentencias. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Situación de vulnerabilidad. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Devolución del expediente.

Expte. SACAyT n° 10.436/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Juan Francisco Herrera promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyó al demandado (fs. 1/13 vuelta). Precisó, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de una

suma de dinero, que esta debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características, y planteó la inconstitucionalidad de los arts. 5° y 6° del dec. 690/06. Como medida cautelar, solicitó que se ordene a la parte demandada su inclusión en un programa de emergencia habitacional.

El juez de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo (fs. 126/133), "...condenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que cubra la necesidad mínima de vivienda del actor por medio del subsidio que venía otorgando (...) u otro medio razonable que disponga, adecuado a la situación particular del actor y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional existente..." (fs. 133).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 137/148). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso del GCBA agregando copia del fallo recaído en la causa "Ríos, Miguel Ángel c/GCBA y otros sobre amparo" (expte. n° 40.592/0), en el que se individualizaran una cantidad de actuaciones —entre ellas, la que motiva esta intervención— a las que esa decisión resultaría aplicable (fs. 169/172 vuelta).

Para fundamentar el rechazo, los jueces *a quo* se refirieron a "...el derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas"; y afirmaron que "...el principio de la autonomía individual conlleva el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y exige comportamientos activos por parte del Estado, tendientes a hacer posible (...) el derecho de acceso a la vivienda (arts. 14 bis C.N., 31 CCABA y tratados internacionales con rango constitucional...)" (fs. 170 vuelta). En relación con la creación de diversos programas sociales dirigidos a satisfacer el derecho a la vivienda, explicaron que más allá de los plazos que en ellos se prevén "...la Ciudad no [puede] suspender dicha cobertura si no se [hall]a demostrado el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto la discontinuidad de tales prestaciones [vulnera] el principio de no regresividad..." (fs. 170 vuelta). Destacaron, por fin, que la parte amparista había estado incluida en un programa habitacional, que no se había demostrado que su situación de emergencia habitacional hubiera variado, y que la demandada no había "...probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella" (fs. 171 vuelta).

3. Contra el fallo de la Cámara, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 182/196 vuelta), que fue concedido respecto de la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda, y rechazado en relación con la pretendida arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional alegadas (fs. 203/204).

4. Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y reenviar la causa a la Cámara del fuero para el dictado de un nuevo pronunciamiento (fs. 220/224).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La Cámara confirmó la sentencia que había hecho lugar a la demanda de la parte actora —un hombre mayor de edad—, de que se garantizase su derecho a una vivienda digna (conf. el relato de la sentencia de primera instancia, véanse fs. 126/ 126 vuelta, que confirmó la Cámara, conf. fs. 337 vuelta), condenando al GCBA a que "...

mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso” (conf. fs. 335). A ello agregó que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 172/172 vuelta).

Fundó esa decisión en que la Ciudad no puede suspender la asistencia habitacional hasta que no se demuestre “...el cumplimiento de los objetivos de los programas...” (conf. fs. 170 vuelta). También señaló que la Ciudad “...está obligada a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de lo más necesitados, lo que incluye obviamente la satisfacción de sus necesidades mínimas de vivienda (art. 31, CCABA), sin que, como queda dicho, pueda suspenderlas si no se encuentra debidamente garantizado el derecho vulnerado” (conf. fs. 172).

2. En ese marco, asiste razón al GCBA recurrente en cuanto sostiene que la Cámara le ha dado al derecho a la vivienda digna una extensión que no surge ni del art. 31 de la CCABA, en que dice haber fundado su decisión, ni en las normas dictadas en su consecuencia.

3. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,³² punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana” y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (véase nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

4. Al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, el 26/9/2012, estaba vigente la ley 4036 (promulgada el 4/1/2012), que solo acuerda el derecho que la Cámara le reconoció a la parte actora —el derecho a un alojamiento—, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que allí se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). El *a quo* no solo no aplicó ese ordenamiento, sino que no dio razón alguna para justificar esa omisión.

³² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

5. A su turno, ninguno de los argumentos que la Cámara dio permiten sostener la decisión a la que arribó.

5.1. La Cámara sostuvo que la Ciudad no puede suspender la "...cobertura [habitacional] si no se hallaba demostrado el cumplimiento de los objetivos..." (conf. fs. 170 vuelta).

Ahora bien, primeramente, la Cámara no manda a mantener la "cobertura", el subsidio habitacional, sino que ordena que se le brinde a la actora una "adecuada asistencia habitacional" en los términos reseñados en el punto 1 de este voto. Es decir, el *a quo* ordena que se cumplan con los objetivos del dec. 690/06, pero no con sus prestaciones, sino con otras que entiende más adecuadas al derecho en debate.

En segundo lugar, no indica cuáles serían los "objetivos" a los que se refiere. Si eran los previstos en el 690/06 (conf. su art. 3 y 7), debió hacerse cargo de que ellos fueron modificados y derogados por los decs. 960/09 y 167/11, respetivamente; y, conforme lo tiene dicho la CSJN, desde tiempo inveterado, ninguna persona tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen general (conf. *Fallos*, 325:2600 y sus citas). De ahí que la sentencia debió ceñirse a lo que la normativa preveía al tiempo de su dictado; regla que fue recordada en el pronunciamiento de este Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'" , expte. n° 4757/06, sentencia del 25/4/2007, que citó el *a quo* en apoyo a su decisión.

5.2. Por lo demás, el *a quo* también sostuvo que correspondía hacer lugar a la demanda en los términos propuestos porque el GCBA "...no ha probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella" (conf. fs. 171 vuelta).

Esa tesis importa la adopción de políticas públicas por parte de los jueces y no el cumplimiento del ordenamiento jurídico existente.

Lo que este Tribunal tiene dicho es que los jueces pueden reponer las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador —conf. este Tribunal *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010, recordada recientemente en el voto de los jueces Conde y Lozano *in re* "X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—. Así, los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes n° 4.036 y 4.042, reglamentarias del art. 31 de la CCABA, ponen en situación de prioridad frente a las restantes, cuando los recursos no son destinados a subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida a la persona en situación de prioridad que reclama su mantenimiento; situaciones que los jueces pueden presumir mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecido por el dec. 690/06 (y sus modificatorios).

La Cámara no aplicó estas reglas. Partió de sostener que el art. 31 de la CCABA le acuerda a la actora el derecho a un alojamiento; derecho que, con arreglo a lo dicho en el punto 3 de este voto y en los precedentes a los que allí se remite, no cabe extraer, con esa extensión, ni de la CCABA ni de la Nacional.

6. Dicho lo que antecede, resta establecer si los actores —un adulto soltero en situación de calle— está en situación de prioridad para acceder a las políticas sociales que brinda el GCBA; para lo cual hay que analizar si está en la situación de “vulnerabilidad” a que se refiere el art. 6 de la ley 4036, y cumple con los demás requisitos allí previstos (conf. la doctrina sentada en el voto conjunto de los jueces Conde y Lozano y en el voto del juez Casás *in re* “X. F. E., T.”). Como la determinación de esas cuestiones depende de la valoración de cuestiones de hecho y prueba que los jueces omitieron tratar, corresponde devolver las actuaciones a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto.

Por ello, oído lo dictaminado por la Fiscal General Adjunta, votamos por revocar la sentencia de fs. 169/172 vuelta; y, devolver las actuaciones a la Sala I para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Desde mi punto de vista, en el caso la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida al agravio constitucional por el que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró formalmente admisible el recurso en examen (interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda). Por ello, considero que los distintos planteos esgrimidos integran el ámbito de la revisión instada ante este Tribunal (conf. doctrina de *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

2. Ello sentado, entiendo que la recurrente ha logrado acreditar que la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario brindó un fundamento tan solo aparente al confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda con el alcance ya reseñado.

En este sentido, los jueces de la causa no demostraron haber conectado la solución a la que se arribó con la valoración de las concretas circunstancias que atraviesa la accionante. En particular, no han brindado fundamentación alguna para sustentar la extensión que le asignaron al derecho que reconocieron en cabeza de la parte actora que, en los términos expuestos por el tribunal *a quo*, no surge del art. 31 de la CCABA, de ley 4036 ni de las previsiones del dec. 690/06 y sus modificatorios.

Es que el peculiar modo en que laalzada dictó sentencia en autos —mediante la confección de un listado de actuaciones en el expediente madre y el agregado de una fotocopia simple en los restantes casos— dificulta la comprensión de los distintos elementos ponderados.

Más allá del amplio margen de valoración que tienen los jueces de la causa respecto de las pruebas producidas en el expediente —materia que, por regla, resulta de su privativa competencia—, lo cierto es que el fallo adoptado debe poder derivarse de las consideraciones desarrolladas en la sentencia sobre los aspectos de hecho y de derecho involucrados; circunstancia que aquí no se exhibe claramente.

3. En suma, le asiste razón a la recurrente cuando invoca la insuficiencia de fundamentos del *a quo* para resolver como lo hizo, motivo por el cual el pronunciamiento resistido debe ser descalificado y, en consecuencia, corresponde a la Cámara dictar un nuevo fallo en el que se pondere fundadamente la situación de la parte actora a la luz de las normas vigentes en la materia.

Resta señalar que la forma en que se resuelve no importa adelantar opinión respecto de la solución que corresponde adoptar en el presente caso.

En virtud de la fragilidad que se observa en el pronunciamiento del *a quo*, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia objetada y reenviar las actuaciones a la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural³³.

³³ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la moderniza-

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una *mejora continua de las condiciones de existencia*”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue:

ción en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

“aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”³⁴ o “Sejean”³⁵ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

³⁴ 347 Scotus 483 (1954).

³⁵ *Fallos*, 308:2268 (1986).

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolozá” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 169/172 vuelta y *devolver* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto.

3º. *Imponer* las costas por su orden.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCVI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA)³⁶

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 10.346/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

³⁶ *Nota del editor*: Se agrega la resolución dictada por este Tribunal el día 21/3/2014 en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2014/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 648.

RESULTA:

1. Miguel Ángel Sanchez, por derecho propio, promovió acción de amparo (fs. 39/60) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y el Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se le provea "...una solución habitacional definitiva y permanente que sea acorde con lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad federal y local que reconoce y tutela el acceso a una vivienda digna, segura y adecuada" (fs. 39 vuelta, sin el resaltado y subrayado original). Tras relatar situaciones de su historia personal, expuso que "...[sus] recursos resultan insuficientes para atender [sus] necesidades básicas [y que] (...) las carencias que enfrent[a] (...) [constituyen] una barrera para asegurar[se] el pleno goce de los derechos fundamentales" (fs. 42 vuelta).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hizo lugar a la acción entablada (fs. 4/9), declaró la inconstitucionalidad de la modificación introducida por el art. 2 del dec. 167/11 al art. 5° del dec. 690/06 —en lo que hace al impedimento de renovación del subsidio habitacional— y ordenó al GCBA que "... continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que al Sr. Miguel Ángel Sanchez ... , se le otorgue alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad socio-económica ha cesado" (fs. 8 vuelta).

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apeló y expresó sus agravios (fs. 75/96), que fueron oportunamente contestados por la actora (fs. 97/109).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la resolución adoptada en primera instancia, salvo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por el *a quo* (fs. 11/12 vuelta).

Los magistrados sustentaron normativamente su decisión en los arts. 14 bis y 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Ponderaron lo dispuesto por los arts. 2, 6 y 7 de la ley 4036. Finalmente, sostuvieron que "...[e]l actor, de acuerdo con el informe socio ambiental acompañado a la causa, se encuentra excluido tanto del mercado laboral formal como informal, sus ingresos provienen de actividades de mera subsistencia (recolección de cartón y lavado de micros), por lo que resultan exiguos para satisfacer sus necesidades de alojamiento y alimentación. Asimismo aclara ese instrumento que la discapacidad del actor, su bajo nivel educativo y las características de su trayectoria laboral conforman obstáculos a las exigencias del mercado laboral actual (...)/ De ese modo dada, la acentuada vulnerabilidad del actor, ha quedado demostrada la procedencia de la demanda" (fs. 12 vuelta).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 13/24 vuelta).

Expresó que la sentencia que emitiera la Cámara incurre en arbitrariedad y afecta los derechos y principios que a continuación se enuncian: debido proceso, defensa en juicio, propiedad, legalidad y división de poderes.

El actor contestó el traslado que le fuera conferido (fs. 110/123).

4. La Sala II declaró inadmisibles dichos recursos tras considerar que no se había planteado un caso constitucional y que la decisión en crisis no era arbitraria (fs. 26/27). Ello dio lugar al recurso de queja del GCBA planteado a fs. 28/34 vuelta.

5. La Fiscalía General propició el rechazo de la presentación directa por no contener una crítica concreta y pormenorizada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 131/133 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402.

2. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició éstas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantizara su derecho a una vivienda digna; y *ii)* es un persona con discapacidad (conf. fs. 157 vuelta de los autos principales) que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (conf. la ley 3706). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

3. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó en los términos ya reseñados en el punto 2 de los “Resulta” la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 156/ 157 vuelta de los autos principales; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

Así lo votamos.

Las juezas ALICIA E. C. RUIZ e INÉS M. WEINBERG dijeron:

La cuestión planteada en autos es sustancialmente análoga a la suscitada en el expediente “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: KMP c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014, cuya copia se incorporará a este expediente. Por las razones que expresáramos en nuestros respectivos votos para esa causa, a las que nos remitimos corresponde rechazar la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 11/12 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alo-

jamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

GCBA/S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN K.M.P C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Expte. SACAYT n° 9205/12 - 21/3/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en adelante GCBA, acude en queja ante este Tribunal (fs. 69/75), a fin de sostener el recurso de inconstitucionalidad que oportunamente dedujera contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que rechazó el recurso de apelación interpuesto por su parte y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo.

La Sala II, previo traslado al actor —que lo contestó a fs. 188/203—, rechazó el remedio incoado por el GCBA, con sustento en que las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en la sentencia recurrida habían quedado circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como la ley 3706, el dec. 690/06 y sus modificaciones. Citó, en apoyo a dicho razonamiento, el voto de los jueces Conde y Lozano en la sentencia del TSJ del 12 de mayo de 2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, en tanto dice que “...

establecer si están dadas las condiciones previstas en el dec. 960/08 como determinar si el Sr. Alba Quintana ha logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades previstas en la CCABA para mantener el subsidio que se pretende ... remiten a la valoración de cuestiones de hecho y prueba...” (fs. 205). En definitiva, concluyó que el recurrente no planteaba un genuino caso constitucional pues no había logrado conectar los principios, derechos y garantías que aducía vulnerados, con el fallo atacado. En cuanto a la arbitrariedad invocada afirmó que “más allá de la circunstancia de que el recurrente discrepe con la solución adoptada ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido” (fs. 205 vuelta).

En su queja, el GCBA se agravia de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad “en razón de que en la especie existe cuestión constitucional suficiente puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas a la presente...” (fs. 69/69 vuelta). Afirma, también, que existe cuestión constitucional pues la Cámara dictó una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14, CCABA) y condenó al GCBA afectando la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio de su parte. Sostiene, además, que

la Cámara incurrió en exceso de jurisdicción al fallar la apelación pues “la cuestión planteada por la actora era evidentemente abstracta” (fs. 69 vuelta).

2. En el caso, K.M.P, por derecho propio, promovió acción de amparo contra el GCBA, por considerar afectados sus derechos a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad, “al negarme la inclusión en algunos de los programas gubernamentales vigentes, a pesar de persistir la situación de emergencia habitacional” (fs. 14/67 vuelta).

Solicitó, en consecuencia, una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad y, en el caso de que aquella consistiera en el otorgamiento de un subsidio, peticionó que su monto fuera suficiente para abonar en forma íntegra el valor del alquiler.

El actor relató que tenía 49 años de edad, que era una persona sola, sin familiares que pudieran proveerle ayuda, que padecía Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y que se encontraba desempleado. Explicó que en el año 2004 había sido internado durante seis meses en el Hospital General de Agudos “Juan A. Fernández” debido a una infección y allí se le diagnosticó la enfermedad mencionada, por la que obtuvo certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Señaló que, una vez recuperado, había trabajado en una empresa de seguridad pero, al tomar el empleador conocimiento de su estado de salud, lo había despedido y, desde entonces, le resultaba imposible conseguir un empleo estable, por lo que fue desalojado y, durante el año 2006, debió pasar las noches en el parador Retiro. A raíz de esa situación, el 2 de enero de 2007 fue incluido en el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle y percibió el subsidio previsto por el dec. 690/06, hasta su finalización en septiembre de 2009. Afirmó que había solicitado al GCBA la renovación del subsidio pero su petición había sido denegada. Manifes-

tó que, a la fecha de la demanda, su único ingreso consistía en una pensión mensual de quinientos sesenta pesos, motivo por el cual debió dejar el lugar en el que habitaba y alquilar una habitación de 4 m², con baño compartido entre ocho personas, ubicada en una casa de la Villa 31 de Retiro.

Como medida cautelar requirió que, mientras durase la tramitación del amparo, se ordenara al GCBA que lo incluyera en los programas de emergencia habitacional. Esta medida fue concedida y el accionante pudo volver a alquilar una habitación en un hotel (v. considerando 1 in fine de la sentencia de fecha 2 de marzo de 2012, fs. 89).

El GCBA contestó demanda y solicitó su rechazo (fs. 79/87).

El juez de grado hizo lugar a la acción de amparo y condenó al GCBA a que cubriera la necesidad mínima de vivienda del actor, por medio del subsidio que venía otorgando u otro medio razonable, que no fuera parador u hogar, adecuado a la situación particular del accionante y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación pertinente dentro del primer mes y posteriormente en forma trimestral. “Todo ello con las corresponsabilidades razonables que se establezcan respecto del actor, como por ejemplo las que dispone al respecto el dec. 690/06 modificado por el dec. 960/08, en su art. 13” (fs. 108 vuelta).

Para así decidir, en primer término señaló que resultaba indiscutible que la normativa aplicable atribuía expresamente competencia a la autoridad administrativa para disponer la extensión temporal del subsidio cuando la situación particular del beneficiario lo justificara (conforme art. 5° *in fine* del dec. 690/05 modificado por el dec. 960/08), teniendo en cuenta las prioridades fijadas por la resol. 1554/MDSGC/08 (art. 6°), que precisaban las establecidas más genéricamente por el art. 31 de la CABA, al reconocer el derecho a una vivienda digna e instruir la resolución progresiva del déficit habitacional, dando

prioridad a “personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”.

Dado este contexto normativo, consideró que la actuación administrativa resultaba cuestionable por haberse limitado a verificar que el actor ya había percibido el monto total que otorgaba el régimen del subsidio habitacional requerido, sin valorar si el accionante se encontraba en alguna de las situaciones prioritarias que justificara la ampliación temporal del subsidio, más allá de los límites generales previstos por las normas.

Luego señaló que, según lo resuelto por este Tribunal en el precedente “Alba Quintana”, podía presumirse la vigencia del subsidio cuando el accionante cumplía con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. De allí que, a su entender, correspondía valorar las circunstancias personales del actor a la luz de las previsiones reglamentarias y constitucionales.

Destacó entonces que, en el caso, se encontraba acreditado que las condiciones del actor “...son las propias de una situación de extrema vulnerabilidad social, por encontrarse en una situación que dificulta el acceso a fuentes de ingresos suficientes para satisfacer por sus propios medios su necesidad mínima de vivienda, circunstancia que lo ha colocado, al cesar el subsidio, en inminente situación de calle ... Tales hechos se encuentran probados y no desvirtuados por la demandada quien no impugnó las probanzas arrojadas... La accionante ha cumplido con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen” (fs. 106/106 vuelta).

En consecuencia, el Sr. juez de primera instancia consideró que, si bien el actor fue inicialmente beneficiario de un subsidio establecido con un margen temporal limitado, “...la circunstancia de que una vez abonadas las cuotas previstas por las normas reglamentarias subsistiera la necesidad mínima de vivienda, situación

de calle, así como la concurrencia de una situación particular al tratarse de una persona con HIV y en situación de pobreza crítica —extremo tampoco desvirtuado por la demandada— hubiera justificado, como mínimo, una evaluación a los fines de determinar la procedencia de la prórroga del subsidio en los términos del art. 5° *in fine* del dec. 690/05 conf. modif. del dec. 960/08, y art. 6° de la resol. 1554-MDS-GC/08, que contempla una solución habitacional para quienes se encuentran dentro de los grupos prioritarios indicados por el art. 31 de la CCABA y precisados por dicha norma, solución habitacional que obtuvo como consecuencia de la promoción del presente amparo, y el dictado de la medida cautelar cuyos efectos continúan. De modo que no puede decirse que la causa se haya tornado abstracta” (fs. 107).

3. Disconforme con lo decidido, el GCBA apeló y expresó agravios (fs. 93/99) que fueron contestados por el amparista (fs. 210/221 vuelta).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmó el pronunciamiento de grado (fs. 89/92 y fs. 122/125).

Para así decidir, los jueces consideraron que las premisas que regían la materia bajo examen —arts. 31 y 17 de la Constitución de la Ciudad y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales— imponen al Estado la obligación de avanzar tras el objetivo de la plena efectividad del derecho a la vivienda, que debe ser adecuada, con criterio de progresividad. Tuvieron en cuenta, además, la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 12 de mayo de 2010 en los autos “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09.

Afirmaron que la sanción de la ley 3706, cuyo objeto es proteger integralmente y operativizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo

a la situación de calle” (art. 1º), desplaza el contenido mínimo de los deberes estatales de protección en materia de vivienda en tanto la norma define como “personas en situación de calle” no solo a quienes habitan en la calle o espacios públicos de la Ciudad en forma transitoria o permanente, sino también a quienes utilicen la red de alojamiento nocturno (art. 2º, inc. a).

Arribaron entonces a la conclusión de que la ley 3706, “...modifica el cuadro establecido en ‘Alba Quintana’ ... dado que la opción del parador no importa ya una asistencia suficiente sino un remedio temporal extremo que solo da cuenta de una realidad inadmisibles ante las garantías constitucionales respecto de quien debe ser protegido en su derecho de un modo que implique una salida de su situación” (fs. 91 vuelta/92 y fs. 124 vuelta/125).

Por otra parte, como una línea argumental distinta, la Cámara expresó que “...el accionante es una persona sola, sin trabajo estable y que padece de serios problemas de salud que, a su vez, le dificultan el acceso al mercado laboral ... es de notar que la delicada situación de vulnerabilidad ha quedado descripta por el informe labrado por la Licenciada en Trabajo Social ...” (fs. 92 y fs. 125).

Finalmente señaló que “[C]ontrariamente a lo sostenido por la apelante, el a quo ha hecho plena aplicación de la jurisprudencia en la materia, al considerar expresamente a la situación que vive el actor como prioritaria en los términos desarrollados por el Tribunal Superior de Justicia. Que la recurrente cuestione esta inteligencia recurriendo a un inasignable interés general da cuenta de su impericia para, frente a las rotundas constancias del caso concreto, articular agravios que ofrezcan algo más a la consideración de esta alzada que una declamación vacía de contenidos o referencias” (fs. 92 y fs. 125).

4. Contra tal pronunciamiento, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 136/146). Sostuvo que el decisorio producía a su parte un gravamen irre-

parable por cuanto lo obligaba a pagar un subsidio sin monto ni límite temporal, que iba a aumentar indefinidamente, afectando así su derecho de propiedad e incidiendo en el presupuesto de la Administración. Planteó la violación del debido proceso y del principio de legalidad “...ya que obliga a la Ciudad a hacer más allá de lo que manda la ley” (fs. 140), el apartamiento del principio de congruencia y la violación al principio republicano de división de poderes. Tachó a la sentencia de arbitraria por apartarse de la normativa “...que establece topes de ayuda en materia de subsidio habitacional” (fs. 141 vuelta) en especial los arts. 3º y 5º del dec. 960-GCBA-2008. Afirmó que la cuestión revestía gravedad institucional y que no existía omisión del GCBA en cuanto al reconocimiento del derecho a la vivienda “...toda vez que cumpliendo el mandato constitucional, prevé y brinda asistencia habitacional partiendo del principio de mayor urgencia y necesidad para su adjudicación, compatibilizando la ayuda social con la existencia de recursos disponibles y afectados para tal fin, pues no se puede ignorar que las obligaciones de la administración son diversas, todas en áreas sensibles y con recursos limitados” (fs. 145, se ha suprimido el resaltado del original).

5. El rechazo del recurso de inconstitucionalidad del que da cuenta el punto 1 de estas resultas, motivó la queja *sub lite*.

6. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja por considerar que carecía del requisito de la debida fundamentación. Agregó que en la sentencia atacada mediante el recurso de inconstitucionalidad los jueces habían efectuado un detallado análisis de la normativa constitucional y la jurisprudencia aplicable al caso y el GCBA se limitaba a reproducir los argumentos de su recurso de apelación, sin discutir el desarrollo argumental de la Cámara ni demostrar la relación directa entre lo decidido y una cuestión constitucional (fs. 225/228).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. En el *sub lite* se ha planteado una cuestión constitucional que corresponde a este Tribunal resolver: el alcance que cabe acordarle al “derecho a una vivienda digna” (conf., entre otros, los arts. 31 de la CCABA; 14 bis de la C.N.).

1.1. La Cámara comenzó por tener por acreditado la siguiente situación de hecho. La parte actora es un argentino, de unos 50 años de edad, sin contención familiar, a quien el Ministerio de Salud del GBCA certificó que padecía un 85% de incapacidad laboral. Padece HIV y Citomegalovirus, el que le ha afectado los pulmones, y está, como consecuencia de su discapacidad, en situación de vulnerabilidad socio-económica (conf. fs. 284/287, y 206/207 vuelta, de los autos principales). La Cámara también destacó que el actor había sido beneficiario del subsidio instrumentado por el dec. 690/06, cuya renovación le fue denegada por el GCBA. Ese cuadro fáctico no viene cuestionado el GCBA.

A la luz de esa situación de hecho, el *a quo* entendió que el art. 31 de la CCA-BA, el PIDESyC, la ley 3706 y la doctrina de este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12 de mayo de 2010 le acuerdan al aquí actor el derecho a que el GCBA le “...cubra la necesidad mínima de vivienda [...] por medio del subsidio que venía otorgando hasta ahora u otro medio razonable que disponga que no sea parador ni hogar, adecuado a la situación particular del actor y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación socio-ambiental dentro del mes de quedar firme la sentencia y, en lo sucesivo, en forma trimestral” (conf. fs. 284 vuelta y 287).

1.2. Por su parte, el GCBA sostiene que ni de la CCABA, ni de las normas federales (los arts. 14 bis de la C.N. y 2° del PIDESyC) “...nace un derecho individual exigible para continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente...” (conf. fs. 292). A ello agregó “[ese] precepto constitucional [el art. 31 de la CCABA] obliga al Estado a impulsar políticas públicas que permitan a los sectores sociales más necesitados acceder a una vivienda, empezando por las poblaciones más indigentes. Pero nunca estuvo en mira de ningún constituyente establecer que las personas individualmente consideradas tengan un derecho de exigencia individual...” (conf. fs. 298 vuelta).

2. Con carácter previo a analizar la cuestión descripta, hay dos reglas que recordar.

La primera. Las alegaciones de las partes no limitan al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. *mutatis mutandis Fallos*, 308:647; 307:1457; 329:2876 y 3666, entre otros).

La segunda. Las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevivientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos*, 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

Reglas generales acerca del derecho a la vivienda

3. *Uno*. El derecho a una vivienda digna, que reconoce el art. 31 de la CCA-BA, es operativo (conf. el punto 5.1. del voto conjunto de los jueces Conde y Lozano *in re* “Alba Quintana”, ya citado, y el considerando 10 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”, *Fallos*, 335:452).

3.1. *Dos*. La reglamentación de ese derecho corresponde primariamente al Poder Legislativo, como expositor de la vo-

luntad general y encargado de reglamentar los derechos acordados por la Constitución y sin alterar su espíritu. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a esta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno (conf. voto conjunto de los jueces Conde y Lozano). “[L]as obligaciones deber ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la Administración no deba contribuir al cumplimiento — art. 2° (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios [...] y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento” (conf. el punto 5.1 de “Alba Quintana”, conf., también, el cons. 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”).

3.2. *Tres.* El derecho no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. Los estados, locales y la Nacional (retomamos esta cuestión en el punto 15 de este voto), tienen que realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC,³⁷ punto 11 del mencionado voto

conjunto y último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). En ese orden de ideas, la CSJN señaló “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.

Marco legal en la CABA

4. Al día de la fecha no existe una ley que, cumpliendo con la manda del art. 31 de la CCABA, hubiera reglamentado el derecho a la vivienda en términos tales que se pueda conocer, con toda precisión, cuáles son las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA). No obstante ello, varias son las leyes que se han dictado al respecto desde el pronunciamiento de este Tribunal *in re* “Alba Quintana”, ya citado.

5. La ley 3706, sobre cuya base la Cámara resolvió, no reglamenta el derecho a la vivienda. En efecto, entre los “deberes” que pone a cargo de la Ciudad frente a las personas que están en situación de calle, o en riesgo de estarlo (situaciones que vienen definidas por el art. 2° de la ley), no está previsto un mecanismo para resolver la situación habitacional de esas personas. Obsérvese que el inc. c) del art. 4° de la ley es el único que menciona a la “vivienda”, pero no lo hace para reconocer ese derecho. Pone a cargo del GCBA “[I] a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...”, cuyo contenido, o destinatarios, tampoco define.

³⁷ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

La ley 3706, en lo que aquí importa, define quiénes están en situación de “emergencia habitacional”, es decir, en situación de calle o en riesgo de estarlo (conf. el art. 2º de la ley). De esa definición surge, a su vez, que la “...red de alojamiento nocturno...” no constituye un medio para atender el derecho que consagra el art. 31 de la CCABA. Allí expresamente se dice que “...se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que *utilicen o no la red de alojamiento nocturno*” (conf. el inc. a del art. 2º de la ley 3706). Es decir, el Legislador ha entendido que los paradores nocturnos no constituyen un modo suficiente de atender el derecho a la vivienda.

6. La ley 4036 tiene como objeto, conf. su art. 1º, la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, y contempla 3 especies de “prestaciones” con las que el estado puede atender esos derechos: económicas, técnicas y materiales. El art. 5 define a esas prestaciones del siguiente modo:

“Son prestaciones económicas aquellas entregas dinerarias de carácter no retributivo, intransferible e inembargable destinadas a los ciudadanos a fin de paliar situaciones transitorias de necesidad o garantizar el acceso a condiciones dignas de vida.

Son prestaciones técnicas los actos profesionales de asesoramiento, acompañamiento y evaluación técnica destinados a atender las necesidades de los ciudadanos.

Son prestaciones materiales aquellas en las que se otorguen servicios en especies para paliar las situaciones de emergencia de los sectores de población afectados” (el destacado no pertenece al original).

En materia habitacional reconoce dos derechos distintos:

- i) uno genérico a todos los derechos sociales: la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad a aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno...” (conf. los art. 1 y 6 de la ley), universo en el que, adelantamos, el art. 3 de la ley 4042 pone como prioritarios a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes; y,
- ii) el derecho a “un alojamiento” a los adultos mayores de 60 años en “situación de vulnerabilidad social” (conf. el art. 18) y a las personas discapacitadas, también, en “situación de vulnerabilidad social” (conf. inc. 3º, del art. 25).

Vale destacar que el derecho a un alojamiento que acuerda la ley no consiste en el derecho a obtener la posesión de un inmueble. El derecho es a ser alojado (conf. los arts. 18 y 25 de la ley). La Real Académica Española define al verbo “alojar”, en su primera acepción, como: “hospedar o aposentar”.³⁸ “[H]ospedar” significa “[r]ecibir huéspedes, darles alojamiento”; y “aposentar”: “[d]ar habitación y hospedaje”. Como se puede observar el derecho no es uno de propiedad, sino el de ser cobijado en las condiciones que manda la ley.

Así el Legislador ha decidido asistir de manera, en principio, permanente a quien está en una situación de vulnerabilidad que presumiblemente se va a ir profundizando (quien es de avanzada edad, será mayor aun, y las discapacidades rara

³⁸ Conf. www.rae.es.

vez se curan, en todo caso se superan). En cambio, optó por darle prioridad en el acceso a las políticas sociales que el PE establezca a quienes están en una situación que puede ser caracterizada, en principio, como de vulnerabilidad “temporal”.

Con carácter previo a analizar esos dos derechos, repasemos los dos requisitos “comunes” a cuya concurrencia los sujeta la ley, el primero *a*) que hace a la vinculación que la persona tiene que tener con la Ciudad y el segundo *b*) con la situación en que esa persona se encuentra.

a) *Anclaje con la Ciudad.*

7. Primeramente, las personas deben ser “ciudadanos” de la CABA (conf. el art. 1 de la ley) o extranjeros que cumplan con los requisitos que indica el art. 3°.

Ciudadanos:

7.1. El art. 1° dice “...[l]a presente Ley tiene por objeto la protección integral de los Derechos Sociales *para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*” (el destacado no pertenece al original).

7.2. La idea de Ciudadanía se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de ejercer los derechos políticos, en particular, el derecho al voto dentro de la comunidad de que se trate. En ese orden de ideas, la RAE define a la voz “ciudadano” —utilizada como sustantivo— como al “[h]abitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos *como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país*” (el destacado no pertenece al original). En línea con ello, el art. 62 de la CCABA dice que “[e]l 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” (el deestacado no pertenece al original).

En ese marco, la locución “Ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires”,

empleada por la ley 4036, denota, en una interpretación vinculada con su propósito solidario, a todas aquellas personas que están o pueden estar empadronadas en la CABA, es decir, quienes deben o pueden votar a las autoridades de la Ciudad. Ciertamente habla de quienes son ciudadanos y no de quienes pueden serlo, pero, esta diferencia reza solamente para los extranjeros, y es claro que la ley 4036 persigue un propósito solidario y no estimular a que los extranjeros voten. Acceder al derecho a votar no puede convertirse en una carga para obtener un derecho social. Si lo fuera, estaríamos en un escenario de influencia.

Ese anclaje, el de estar empadronado en la CABA, entre otras, constituye un modo de distribuir obligaciones que pesan sobre todos los estados locales por igual. Quien está empadronado en una jurisdicción, por regla, no lo puede estar al mismo tiempo en otra. De esa manera, cada ciudadano argentino está en condiciones de reclamar la asistencia social que entienda tiene derecho a recibir al estado en cuya comunidad política participa, o está en condiciones de participar.

Extranjeros:

7.3. A ese universo de beneficiarios hay que agregar, como adelantamos, a los extranjeros. El art. 3° dice: “[l]os extranjeros residentes en la Ciudad que cumplan con los requisitos establecidos por las legislaciones nacional y la local y con las determinadas por la presente Ley a tal fin podrán acceder a las políticas sociales instituidas por esta norma”.

No cabe interpretar que esa norma ha puesto a los extranjeros en una situación más beneficiosa a los ciudadanos de la CABA, sino, en todo caso, en una idéntica (conf. el art. 16 de la C.N.).

De ahí que si constituye un requisito para los ciudadanos argentinos estar empadronados en la CABA, los extranjeros que aspiran le sean acordados iguales beneficios deben cumplir con los requisitos que exige la ley 334 para estar empadronados en la CABA.

En particular, deben cumplir con las previsiones del art. 2° de la ley 334; cuyo texto dice:

“**Art. 2°** — Los extranjeros y las extranjeras desde los dieciséis (16) años de edad cumplidos están habilitados para votar en los actos electorales convocados en el marco de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previa inscripción voluntaria en el Registro de Electoras/es Extranjeras/os creado por esta ley cumpliendo con los siguientes requisitos: (*Conf. texto art. 2° de la ley 4.515, BOCBA n° 4162 del 28/5/2013*)

- a) Tener la calidad de “residente permanente” en el país en los términos de la legislación de migraciones.
- b) Poseer Documento Nacional de Identidad de Extranjera o Extranjero.
- c) Acreditar tres (3) años de residencia en la Ciudad de Buenos Aires y tener registrado en el Documento Nacional de Identidad de Extranjera o Extranjero su último domicilio real en la ciudad.
- d) No estar incurso en las inhabilidades que establece el Código Electoral Nacional”.

b) Situación de vulnerabilidad

8. Ambos derechos, el de a un alojamiento como el de acceso a las políticas sociales que brinda el GCBA, están dirigidos a tutelar a personas que estén en “estado de vulnerabilidad social”.

8.1. El art. 6° de la ley define a la “vulnerabilidad social” como: “...la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.// Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que

por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”. La generalidad con que en la ley ha sido definida la “vulnerabilidad social” no es casual. Esa definición busca abarcar escenarios diversos en los cuales las circunstancias que llevaron a la persona a encontrarse en esa situación pueden tener, también, orígenes en causas muy diversas.

Ello se debe a que la ley, recordemos, tiene por objeto la atención “integral” de los derechos sociales; razón por la cual la vulnerabilidad a que se refiere el citado artículo tiene en mira atender distintas situaciones, todas aquellas que puedan dar lugar a la vulneración de derechos sociales. Dicho de un modo más directo, una persona bien puede estar en situación de “vulnerabilidad social” frente al ejercicio de uno o varios derechos, empero no de otros o de todos. Acudimos a un ejemplo para explicar el punto. En el caso de una persona que padece HIV, que cuenta con contención familiar (vive con sus progenitores), que es discriminada laboralmente con motivo de su enfermedad, no es vulnerable desde el ángulo habitacional, sino frente al derecho a no ser discriminado.

En línea con ello, la ley distingue situaciones asignándoles soluciones específicas. Por ejemplo, en el caso de los adultos mayores que no pueden valerse por sí, distingue que tengan, o no, un lugar donde vivir. En el primer caso, impone al GCBA “[f]acilitar el mantenimiento de la persona mayor en su medio...” (conf. el art. 17, inc. 1°); y en el segundo, la obligación del Estado consiste en “asegurar” el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria (conf. el art. 18 de la ley).

En suma, la obligación estatal varía según cuál sea la situación de vulnerabilidad acreditada.

8.2. Para el caso del derecho a la vivienda la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consiste en la dificultad de hacerse de recursos que permita conseguir,

o permanecer, en un lugar donde vivir, es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la ley 3706. Esa imposibilidad puede encontrar diversos orígenes y, consecuentemente, duración. En este orden de ideas, el párr. 2º del art. 6 transcripto *supra* señala diversas razones por las cuales una persona puede encontrar dificultades para ejercer sus derechos: edad, género, estado físico, circunstancias sociales, económicas, etc.

Establecer cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia es una cuestión que, conf. el art. 6º de la ley 4036 y las cuestiones reseñadas, depende de la valoración de extremos de hecho y prueba que corresponde, como principio, primeramente a la Administración evaluar, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa de lugar a una acción judicial, al juez. En ese orden ideas, por ejemplo, hay elementos como comenzar por descartar que quien peticiona la asistencia del estado cuente con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Cód. Civil, tenga derecho a requerirle “alimentos”, que deben ser analizados. Recordemos que el art. 372 del Cód. Civil dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades” (el destacado no pertenece al original).

A esos dos requisitos, la ley suma otros en el supuesto en que la prestación sea de tipo “económica”.

9. Tanto ciudadanos de la CABA, como extranjeros, tienen que cumplir, para percibir “prestaciones económicas” (conf. el punto 6 de este voto), con los requisitos que dispone el art. 7º de la ley, a saber:

a) “Presentar documento de identidad argentino, cédula de identidad; excepcionalmente en el caso de extranjeros podrá presentar la residencia precaria.

- b) Presentar certificación domiciliaria emitida por autoridad competente o referencia administrativa postal (RAP) en el caso de personas en situación de calle.
- c) Tener residencia en la Ciudad no menor a dos años.
- d) Ser mayor de 18 años de edad
- e) Encontrarse inscripto en el RUB —Registro Único de Beneficiarios—; hasta tanto se produzca efectivamente la inscripción podrán acceder a los beneficios que determine la autoridad de aplicación.
- f) Presentar Código Único de Identificación Laboral (CUIL)
- g) Presentar Certificado de Discapacidad en los casos que corresponda.

La autoridad de aplicación en casos de emergencia y/o situaciones particulares, podrá exceptuar el cumplimiento de alguno/s de los requisitos mínimos cuando lo considere pertinente mediante decisión fundada”.

9.1. Esos requisitos deben ser leídos en convivencia con los señalados anteriormente que hacen al anclaje que tanto extranjeros como ciudadanos tienen que tener en la Ciudad. Interpretar que estos requisitos eliminan los anteriormente mencionados, pondría a un artículo, el 7, en contraposición a lo que prevén el 1 y el 3, conclusión a lo que no le es dable al intérprete arribar (conf. doctrina de las sentencias publicadas en *Fallos*, 329:5826, y sus citas, entre mucho otros).

Así las cosas:

Inc. a). Tal como quedó dicho *supra*, la regla es que para ser elector en la Ciudad, los extranjeros tienen que tener la calidad de “residentes permanentes” (ver el punto 7.3 de este voto). Excepcionalmente los extranjeros pueden cumplir con los requisitos presentando la residencia precaria, pero, como toda excepción a la regla general, la autoridad de

aplicación es quien, en ejercicio de las facultades que le acuerda el último párrafo del art. 7º, tiene que establecer cuándo se da ese supuesto excepcional; no el juez, quien carece de competencia para ello.

Inc. b). La obligación de presentar certificación domiciliaria o la Referencia Administrativa Postal (conf. el art. 9º de la ley 3706) no dispensa de cumplir con las reglas para estar empadronado, aunque esto último, estar empadronado, no sea un requisito en el caso de los extranjeros.

Inc. c). La norma establece una residencia mínima en la Ciudad para acceder a los beneficios económicos, 2 años. Es decir, nada impide que la residencia, producto de lo previsto en otras normas, no deba ser mayor, circunstancia que se da en el caso de los extranjeros. En efecto, los Ciudadanos argentinos no solo deben acreditar estar en el padrón, sino, también, haber residido en la Ciudad no menos de 2 años; en cambio, los extranjeros, con arreglo a lo previsto en la ley 334, tienen que acreditar una residencia de 3 años (conf. la ley 334).

Finalmente, los incs. d), e), f) y g), agregan a los ya mencionados otros 4 requisitos: ser mayor de 18, estar inscripto en el RUA (conf. el dec. 904/01), presentar el CUIL y, en los casos que corresponda, certificado de discapacidad.

Derecho a un alojamiento

10. Tal como adelantamos en el punto 6 de este voto, tienen derecho a un alojamiento (conf. la ley 4036) "...aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad social" (conf. el inc. 3º del art. 25 de la ley 4036) y "...los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social..." (conf. el art. 18 de la ley).

10.1. La "situación de vulnerabilidad social" frente al derecho a la vivienda (conf. el punto 8 a 8.2 de este voto) se requiere en ambos casos. Pero, el Legislador ha entendido que cuando esa situación viene acompañada por una discapacidad (conf. el art. 23 de la ley) o una edad avanzada, más de 60 años, se impone una tutela especial.

Personas discapacitadas

11. La ley no se refiere a cualquier "discapacidad".

La definición de qué se entiende por personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad viene dada por el art. 23 de la ley en los siguientes términos: "[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión".

Como se puede observar la mera presentación de un certificado de discapacidad no basta para acreditar la "discapacidad" a que se refiere la ley, ni la definición transcrita excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23. Agrega el Legislador que no basta con que se trate de una persona que padezca alguna de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales, sino que para quedar incluidas en el grupo beneficiado es preciso que se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono.

11.1. Además, no hay que perder de vista que la ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con disca-

pacidad. El art. 22 dice: “[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447”.

A tales fines se prevé que el GCBA “...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social” (conf. el art. 25 de la ley); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de contención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral (conf. art. 25, especialmente incs. 4º y 6º).

En suma, la asistencia a la persona discapacitada es integral. Esa asistencia debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si la persona discapacitada es un menor, la solución integral no puede llevar a la separación del grupo familiar (conf. el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño).

Adultos Mayores

12. Respecto de este grupo, tal como se adelantó *supra*, el art. 18 de la ley dice: “[e]n caso de los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social, la autoridad de aplicación deberá asegurarles el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria a tal fin podrá destinar entregas dinerarias o disponer de otro mecanismo” (el destacado no pertenece al original).

Esta regla, también como se dijo más arriba, debe ser leída junto con el inc. 1 del art. 17 de la ley 4036. El principio general lo establece esta segunda norma. Si la persona mayor tiene hogar propio o vive en uno familiar, el GCBA debe facilitarle su permanencia “en su medio” (conf.

el inc. 1º del art. 17). Solo en el supuesto en que la persona mayor esté en situación de calle o en riesgo de estarlo opera el art. 18 transcripto en el párrafo que antecede.

Derecho a un acceso prioritario

13. El acceso prioritario que establece la ley es a las políticas sociales que brinda el GCBA.

¿Quiénes tienen acceso prioritario?

Las personas que se encuentren en “estado de vulnerabilidad social” (conf. los arts. 1º y 6º de la ley 4032) y no sean discapacitados (conf. los arts. 22, 23 y 25 de la ley 4032) ni mayores de 60 años (conf. el art. 18 de la ley), puesto que estos dos últimos grupos, como quedó dicho más arriba, no tienen reconocida una prioridad en el acceso a las políticas sociales, sino un derecho a un alojamiento que le acuerda la ley.

A su vez, dentro del universo de personas en “estado de vulnerabilidad social”, la ley 4042 prioriza en el acceso a los programas de vivienda o hábitat a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes. En palabras de la ley: “[e]n todos los programas de vivienda o hábitat que se ejecuten con intervención del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá otorgarse prioridad a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de los demás criterios que establezcan las normas específicas” (conf. el art. 3 de la ley 4042).

13.1. Así las cosas, dentro del universo de personas en situación de vulnerabilidad social el Legislador ha hecho la siguiente distinción: i) personas mayores y discapacitadas, tienen, entre otros, derecho a un alojamiento; y, ii) el resto de las personas en esa situación tienen acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA, pero dentro de este segundo grupo están en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as.

13.2. En materia habitacional, para los casos que nos ocupa, la política social del GCBA consiste, principalmente, en la entrega de sumas dinerarias. Así, el dec.

690/06, modificado por los decs. 960/08, 167/11 y 239/13, crea un “subsidio habitacional”, cuyo monto y forma de pago fue definido por el último de los decretos reseñados, el 239/13.³⁹

³⁹ Textualmente el dec. 239/13 dice: “**Artículo 1°** — Sustitúyese el art. 5° del dec. 690/06, modificado por los decs. 960/08 y 167/11, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Establécese el monto del subsidio a otorgar en una suma total de hasta diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800), abonado en un máximo de seis (6) cuotas mensuales y consecutivas de hasta un mil ochocientos pesos (\$ 1.800) cada una. Dependiendo de cada caso particular, y si la situación de vulnerabilidad social del beneficiario así lo amerita, la Autoridad de Aplicación podrá extender el presente subsidio y otorgar una suma adicional de hasta siete mil doscientos pesos (\$ 7.200), pagadera en un máximo de cuatro (4) cuotas mensuales adicionales de hasta mil ochocientos pesos (\$ 1.800) cada una. Alternativamente, la Autoridad de Aplicación podrá disponer el pago del subsidio en una sola cuota por el monto total previsto de diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800) en los casos en que el beneficiario, al momento de ingreso al Programa, acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva y concreta y ejerza la opción requiriendo dicho pago único. La opción del beneficiario a percibir el subsidio alternativo por salida definitiva en una cuota es excluyente de la percepción de toda otra suma dispuesta en el presente decreto.”

Art. 2° — *Disposición transitoria*: Dispónese que para el caso de beneficiarios que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto se encontraren percibiendo alguna de las primeras seis (6) cuotas del subsidio habitacional establecido por el dec. 690/06 y sus modificatorios, la Autoridad de Aplicación estará facultada para aumentar el monto de las cuotas adicionales de acuerdo a las sumas fijadas en el art. 5° del dec. 690/06 modificado por los decs. 960/08, 167/11 y por lo establecido en el art. 1° del presente, para aquellos casos en que la situación particular del beneficiario así lo amerite.

Art. 3° — El presente decreto es refrendado por la señora Ministra de Desarrollo Social, el señor Ministro de Hacienda y el señor Jefe de Gabinete de Ministros.

13.3. Conforme las reglas sentadas en los puntos 3 a 3.2. de este voto, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler. Recordemos que la obligación de los estados es a realizar sus mayores esfuerzos. Al respecto este Tribunal tiene dicho que “[I]os recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDEsYc. De todos modos, no es menos cierto que el párr. 1° del art. 2° del tratado obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, por tanto, para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones” (conf. “Alba Quintana”, voto de los Dres. Conde y Lozano).

13.4. Ahora bien, los decretos reseñados no establecen reglas para la distribución del beneficio que se ajusten a los parámetros en la distribución que establece la ley 4036 (conf. el art. 11 del dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08). Es más, deja librado a la Autoridad de Aplicación el establecimiento de los montos a otorgar a los grupos beneficiarios de acuerdo a la composición de los grupos familiares y al índice de vulnerabilidad que establezcan (art. 7°, conf. art. 3° del dec. 167/11). Textualmente el artículo dice: “[d]ispónese que la Autoridad de Aplicación deberá fijar por vía reglamentaria la escala de montos a otorgar a los grupos beneficiarios, de

Art. 4° — Dese al Registro, publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, y para su conocimiento y demás efectos, pase a los Ministerios de Hacienda y de Desarrollo Social. Cumplido, archívese”.

acuerdo con la composición de los grupos familiares y al índice de vulnerabilidad que establezca”.

En ese marco, los parámetros fijados por el PE siguen guardando la falta de claridad que destacamos *in re* “Alba Quintana” (conf. el punto 12 de nuestro voto).

13.5. Si bien ello no torna inconstitucional al decreto, atento que nada impide que el PE extienda el derecho reconocido en la ley, sí permite presumir que los subsidios no son distribuidos de la manera que ordenó el Legislador, es decir, atendiendo las prioridades que establece el art. 31 de la CCABA, que reglamenta, en parte, la ley 4036.

De ahí que, mientras se mantenga ese sistema, salvo que el GCBA acredite, a fin de desvirtuar la mencionada presunción, que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida, el juez está en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la leyes 4036 y 4042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes. Ello así, porque con esa decisión lo único que vendría a hacer es a reponer las prioridades fijadas por el Legislador, que, como dijimos, se pueden presumir no respetadas.

Así, resulta enteramente aplicable lo dicho por este Tribunal respecto a que los jueces deben constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCABA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad [conf. TSJ en ‘B., M. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’], exp-

te. n° 4757/06, sentencia de este Tribunal del 25 de abril de 2007].

14. En suma, los alcances del derecho a la vivienda reseñados *supra* surgen todos de la ley y pueden ser resumidos del siguiente modo:

La ley 3706 define qué personas están en “emergencia habitacional”, empero no reglamenta el derecho a una vivienda digna (conf. el punto 5 de este voto).

La ley 4036, en materia habitacional, acuerda dos derechos distintos: *a*) prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el GCBA; y *b*) a “un alojamiento” (conf. el punto 6 de este voto).

Los dos requisitos “comunes o generales” que deben cumplir quienes pretendan acceder a esos derechos son: 1) ser ciudadano/a de la Ciudad o en el caso de los extranjeros cumplir con los requisitos para estar empadronado en la Ciudad (conf. los puntos 7.1 a 7.3 de este voto); y, 2) estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, a que se refiere el art. 2° de la ley 3706 (conf. los puntos 8 a 8.2 de este voto).

Si la prestación es de índole económica además se deben cumplir con los requisitos del art. 7° de la ley (conf. los puntos 9 y 9.1 de este voto).

Ahora bien, para acceder al derecho a “un alojamiento” la ley agrega que la persona debe ser discapacitada (conf. la definición del art. 23 de la ley 4036, ver los puntos 11 y 11.1 de este voto) o mayor de 60 años (conf. el art. 18 de la ley, ver el punto 12 de este voto).

Las personas que no cumplen con alguno de esos dos requisitos, pero sí con los “comunes o generales”, tienen derecho a un acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA; dentro de este segundo grupo la ley 4042 pone en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as (conf. los puntos 13 a 13.1 de este voto).

Finalmente, como las políticas actuales del GCBA en materia habitacional

no establecen reglas para la distribución de los beneficios que se ajusten a los parámetros en la distribución que establece la ley 4036, los jueces pueden presumir que el GCBA aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio y, por ende, ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la leyes 4036 y 4042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes (conf. los puntos 13 a 13.5 de este voto).

Obligaciones concurrentes:

15. No hay que soslayar que las obligaciones que aquí se imputan al CGBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales (conf. los arts. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 7º, aps. 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y 3º de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad).

En el art. 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica del 22/9/1969— se estableció que “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”. Esta previsión coincide con los contenidos incorporados a la Constitución Nacional. El estado federal puede asumir compromisos, pero, trasladarlos a los estados fede-

rados requiere que la constitución que lo organiza le dé atribuciones que posibiliten hacerlo. Ciertamente, el estado federal no puede disponer de los presupuestos locales. A su turno, el art. 10 de la CCABA asume los compromisos internacionales, pero, ni sustituye al estado federal en su cumplimiento ni podría hacerlo.

En este orden de ideas, la CSJN sostuvo que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (conf. doctrina CSJN *Fallos*, 321:1684; 323:1339; 331:2135, entre otros). En esa línea, hay que recordar que la propia CSJN ha dicho en el precedente Q.C., S.Y. que es tarea del Congreso reglamentar el derecho a la vivienda (conf. el Considerando 11 Q.C., S.Y.).

En ese marco, si bien no ha sido citado el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad.

Características de la sentencia

16. Finalmente, hay que señalar que las sentencias que se dictan en los procesos en los que se persigue una solución habitacional causan estado solo con relación a aquellas cuestiones que se mantienen inalteradas (v.gr. la declaración de que una persona es un adulto mayor según los parámetros de la ley). Pero, existen cuestiones que no quedan resueltas de un modo definitivo allí. Por ejemplo, la situación de vulnerabilidad social constatada, de cuya subsistencia depende el mantenimiento de la condena.

A quien la ley identifica como obligado a brindar las políticas sociales a las que allí se hace mención (entre las que se encuentra la de dar alojamiento a las personas mayores o discapacitadas) es al GCBA.

En ese marco, el Legislador ha establecido a esas funciones como administrativas. Esa circunstancia debe ser tenida en cuenta por los jueces al tiempo de resolver los pleitos que son puestos a su consideración para no invadir competencia que el Legislador ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno, el PE. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que se pronuncie al respecto.

Aplicación de las reglas que anteceden al caso

17. En el *sub lite*, tal como quedó dicho más arriba, no se debate que la parte actora es un hombre, argentino, que padece una limitación funcional del 85% (discapacitado), que le impide superar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, y está en situación de calle (conf. la ley 3706). Tampoco está debatida la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

En ese marco, la parte actora tienen derecho a que el GCBA le brinde un alojamiento (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036).

18. No obstante ello, asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que dijera cómo se va atender el derecho que le asiste al accionante.

Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende, como dijimos, del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda del aquí actor (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036). La solución deberá tener

en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones (hombre solo, con una discapacidad laboral del 85% y HIV). Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Por lo demás, como toda decisión posterior a la sentencia definitiva, la solución que definitivamente se adopte no podrá apartarse de la definitiva, y si lo hace, podrá la parte que se estime agraviada acudir a los recursos que el ordenamiento procesal le acuerda, incluso al recurso ante este Tribunal. Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, votamos por: hacer lugar a la queja; revocar la sentencia en cuanto dispone que el GCBA le "... cubra [al accionante] la necesidad mínima de vivienda [...] por medio del subsidio que venía otorgando hasta ahora u otro medio razonable que disponga que no sea parador ni hogar, adecuado a la situación particular del actor y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación socio-ambiental dentro del mes de quedar firme la sentencia y, en lo sucesivo, en forma trimestral"; y, condenar al GCBA a brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia a cuyo fin deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La sentencia resistida mediante el recurso de inconstitucionalidad que se defiende en este Estrado encontró apoyo en la interpretación que los jueces de la causa efectuaron respecto del *derecho a una vivienda digna* para el caso concreto de una *persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad social*, a partir de los preceptos de las *Constituciones Nacional y Local* y del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; por lo que es posible concluir que en autos se encuentra confi-

gurado un *caso constitucional* que habilita la intervención de este Estrado.

2. Es menester señalar que la sentencia impugnada por el GCBA (fs. 284/287) confirmó el pronunciamiento de primera instancia que ordenó a la demandada cubrir la necesidad mínima de vivienda del actor, por medio del subsidio que venía otorgando u otro medio razonable que dispusiera, que no fuera parador ni hogar, adecuado a la situación particular del accionante y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación, dentro del mes de quedar firme la sentencia, y en lo sucesivo en forma trimestral.

Para arribar a tal decisorio, los jueces de la causa tuvieron en consideración que el amparista padece serios problemas de salud que dificultan su acceso al mercado laboral (se le ha diagnosticado Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sufre la afección del virus Citomegalovirus), al tiempo que refirieron que el accionante se encuentra solo, sin contención familiar, se halla desocupado y posee un certificado de discapacidad.

Por su parte, cabe destacar que la recurrente no ha efectuado crítica alguna a las consideraciones desarrolladas por el tribunal *a quo* sobre la situación de hecho en la que se encuentra el actor; por lo que es a aquel contexto fáctico que habrán de ceñirse los fundamentos que se viertan en la sentencia de este Tribunal.

En definitiva, los distintos agravios de la parte demandada se orientan a señalar que el decisorio se apartaría de las normas vigentes en la materia, como así también desconocería la jurisprudencia en la materia sentada por este Estrado en la materia.

Ello sentado, corresponde abordar nuevamente en esta sentencia el desafío que representa la problemática vinculada a la exigibilidad y extensión de los derechos económicos, sociales y culturales; puntualmente, a la operatividad del *derecho a la vivienda digna* de cara a las circunstancias particulares que presenta el

caso *sub examine*. Solo resta recordar, de manera preliminar, que las alegaciones de las partes no limitarán al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. doctrina de *Fallos*, 308:647; 329:2876 y 3666, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. En lo que aquí interesa, importa señalar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que, si bien las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* poseen “vocación de efectividad”, estas “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” (conf. cons 11° de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452).

A este respecto, el máximo tribunal federal sostuvo que la implementación de este derecho “*requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación*”. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. *Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes*

concretos debe desarrollar el gobierno” (conf. consid. 11 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”; el destacado en negrita no obra en el texto).

Es que, en definitiva, en esta materia las normas no imponen una obligación de resultado, sino de medios. En este sentido, el Estado Nacional y los estados locales, deben realizar sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho a la vivienda digna y al hábitat adecuado (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC)⁴⁰ destinando de manera *razonable* los recursos públicos; esto es, resguardando la tutela especial o prioritaria que consagran diversos instrumentos internacionales, como también la Constitución Nacional y local a diversos individuos (como niños, niñas y adolescentes; ancianos; personas con discapacidad, etc.) y procurando conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (considerando 12 de la aludida sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q.C., S.Y.”).

4. En línea con lo expuesto precedentemente, estimo oportuno agregar algunas consideraciones generales.

Estoy convencido que la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsis-

tema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2°, tercer párrafo*, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8°* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el tercer párrafo del *inc. 2°* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos*, en particular respecto de *... las personas con discapacidad*.

Sin embargo, de ello no cabe colegir que pueda darse satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes, como en el caso, los reclaman de las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —se trate de residentes o no residentes en la jurisdicción, nacionales o extranjeros.

Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financie-*

⁴⁰ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC, el destacado en negrita no obra en el texto original).

ro *Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por Ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1° de enero de 2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina—,⁴¹ se convierten en una concreta limitante para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

Así pues, consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas propuestas formuladas e intentos que pretendieron concretar los también dispares y contrapuestos regímenes políticos o sistemas económicos.

En razón de lo expuesto es que corresponde erogar la mayor cantidad de recursos públicos disponibles de manera *razonable*; como se señalara, otorgan-

do prioridad en el acceso a los beneficios a aquellos que las normas asignen como destinatarios de una tutela especial y conjurando los supuestos en los que se verifica una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

Ello así, pues —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— se torna imperativo entender que dentro de “*los desafíos del mundo actual*” se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “deber servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24 de noviembre

⁴¹ Véase CASÁS, José O.: “La Insuficiencia Financiera Estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las Provincias Argentinas, en un marco general de debilitamiento del Federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

de 2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

5. En lo que respecta al ámbito local, este Tribunal ya ha expresado que la reglamentación de ese derecho corresponde primariamente al Poder Legislativo, como expresión de la voluntad general y encargado de reglamentar los derechos acordados por la Constitución, y que poseen vocación de efectividad, sin alterar su espíritu.

El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a esta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador (conf. este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCABA y Otros s/Amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, —voto conjunto de los Dres. Conde, Lozano y voto del Dr. Casás— en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss.).

Así fue como en aquel precedente se sostuvo que los programas de subsidios habitacionales no constituían la política nuclear a la que hacía referencia el art. 31 de la CCABA sino que se traducían en un paliativo transitorio para mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos.

Ahora bien, con posterioridad al aludido precedente de este Tribunal, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social. Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador en lo que respecta a las políticas públicas en materia

habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), tienen gravitación sobre la problemática del *sub examine*.

Por su parte, en tanto han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06; 960/08; 167/11; y su actualización por dec. 239/2013—; por lo que, en consecuencia, lo aquí se resuelva no importará, forzosamente, dejar de lado el criterio enunciado por este Tribunal en el caso “Alba Quintana” y similares, con el alcance que debe ser leído después del precedente “Q.C.S.Y.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6. En primer lugar, cabe mencionar a la ley 3706, que contiene algunas previsiones de relevancia. Es que, si bien la norma legal no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle, o en riesgo de estarlo (situaciones que viene definidas por el art. 2° de la ley) —sino que solo pone a cargo del GCBA “[I]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...”], cuyo contenido, o destinatarios tampoco precisa— en lo que aquí importa, define quiénes están en situación de “emergencia habitacional”, es decir, en situación de calle o en riesgo de estarlo (conf. el art. 2° de la ley).

Allí expresamente se dice que “...se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (conf. el inc. a del art. 2° de la ley 3706).

7. Por su parte, la *ley 4036* parece orientarse a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas. A su turno, contempla tres especies de “prestaciones” con las que el Estado puede atender esos derechos: económicas, técnicas y materiales.

En particular, obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada, según las características de los sujetos en situación de vulnerabilidad destinatarios de aquellas políticas (por ejemplo: personas con discapacidad, adultos mayores de 60 años, mujeres, niños, niñas y adolescentes) y según los derechos en juego.

A su vez, es posible advertir dos requisitos comunes a cuya concurrencia la ley sujeta el otorgamiento de las prestaciones. En primer lugar, se exige cierta *vinculación de la persona beneficiaria con la Ciudad* y, en segundo término, debe verificarse una *situación de vulnerabilidad social*.

En lo que a la primera cuestión concierne, la ley define que los beneficiarios deben ser “ciudadanos” de la CABA (conf. el art. 1º de la ley 4036) o extranjeros que cumplan con los requisitos que indica el art. 3º de la misma norma.

Como sostienen mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano, la idea de “*ciudadanía*” se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de ejercer los derechos políticos, en particular, el derecho al voto dentro de la comunidad de que se trate. Y ese anclaje, el de estar empadronado en la CABA, entre otras, constituye un modo de distribuir obligaciones que pesan sobre todos los estados locales por igual. Quien está empadronado en una jurisdicción, por regla, no lo puede estar al mismo tiempo en otra. De esa manera, cada ciudadano argentino está en condiciones de reclamar la asistencia social que entienda

tiene derecho a recibir del Estado en cuya comunidad política participa como elector legitimando a sus autoridades, o está en condiciones de participar.

Por su parte, en lo que respecta a los extranjeros, el art. 3º dice: “[l]os extranjeros residentes en la Ciudad que cumplan con los requisitos establecidos por las legislación nacional y la local y con las determinadas por la presente ley a tal fin podrán acceder a las políticas sociales instituidas por esta norma”; previsión que no podría llegar a interpretarse como que ha puesto a los extranjeros en una situación más beneficiosa a los ciudadanos de la CABA, sino, en todo caso, en una equivalente, tanto en derechos como en deberes, en razón de su compromiso y vinculación con esta jurisdicción política.

En lo que respecta al segundo requisito exigido para acceder a las prestaciones, el art. 6º de la ley define a la “vulnerabilidad social” como: “...la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.// Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

Así, para el caso del *derecho a la vivienda*, la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la ley 3706.

Establecer cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se con-

sidere ilegítima, pueda ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

En ese orden ideas, por ejemplo, hay otros elementos que es conveniente descartar en el escrutinio que se haga, tales como que quien peticiona la asistencia del Estado cuente con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Cód. Civil, tenga “derecho a requerirle alimentos”, circunstancia que debe ser adecuadamente ponderada. Recordemos que el art. 372 dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades” (art. 372, CC, el destacado en negrita no obra en el texto original).

Finalmente, a esos dos requisitos —*vinculación de la persona beneficiaria con la Ciudad* y comprobación de una *situación de vulnerabilidad social*—, la ley suma ciertas exigencias formales en el supuesto en que la prestación sea de tipo económica (conf. art. 7°).

8. En lo que respecta puntualmente a las *personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad*, la ley 4036 dedica diversas previsiones.

La definición de qué se entiende por *personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad* viene dada por el art. 23 de la ley en los siguientes términos: “[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión”.

En línea con lo expuesto, la presentación de un certificado de discapacidad

no bastará para acreditar que la persona encuadra como persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad, ya que el Legislador estableció que además es preciso que se halle bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono. Por su parte, la definición transcrita no excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23 en lo que al derecho a la vivienda se refiere.

La ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. Así el art. 22 dice: “El Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional n° 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447”.

A tales fines se prevé que el GCBA “...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social” (conf. el art. 25 de la ley 4036); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de contención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral” (conf. art. 25, especialmente incs. 4° y 6°).

Y puntualmente, en lo que a la cuestión de la vivienda se refiere, la ley establece que el GCBA deberá “brindar alojamiento para aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad” (art. 25, inc. 3°, de la ley 4036 —el énfasis en negrita ha sido añadido—); tutela especial para este universo de beneficiarios que resulta armónica con las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-

dad (en especial, art. 28), aprobada en el mediante ley 26.378.

El alcance de la obligación que la ley puso en cabeza del GCBA para este universo particular de destinatarios (*personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social*) solo es equivalente a aquella prevista para los adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social (conf. el art. 18 de la ley 4036).

Y en lo que aquí interesa, en cumplimiento de directivas constitucionales, el Legislador bien pudo procurar una asistencia especial para estos universos de personas que, por sus características, presumiblemente sea difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo.

Respecto del resto de los posibles destinatarios de “las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad”, la ley solamente alude a una prioridad en el acceso a aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” (conf. los art. 1º y 6º de la ley), universo dentro del cual el art. 3º de la ley 4042 asigna preferencia a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, mas no a una tutela con las características previstas para las personas con discapacidad y adultos mayores de 60 años, en situación de vulnerabilidad social.

9. Así pues, teniendo en cuenta, por un lado, que el recurrente no ha esgrimido argumentos concretos para rebatir las conclusiones del tribunal *a quo* en punto a que el actor es una persona con discapacidad en condición de vulnerabilidad social y, por el otro, las normas legales reseñadas que tutelan a ese universo de sujetos, leídas a la luz de las previsiones constitucionales, no asiste razón a la demandada cuando procura resistir la obligación de asistencia que se ha reconocido en autos.

10. De todas maneras, sin que ello implique cambiar en sustancia el sentido de la decisión adoptada por las instancias de mérito, es posible advertir que la condena dispuesta en autos debe ser reformu-

lada de acuerdo con las normas vigentes en la materia.

En la medida en que el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036 obliga al GCBA a “brindar alojamiento” al actor discapacitado en situación de vulnerabilidad, la parte demandada deberá presentar una propuesta en el plazo que indique el juez de grado para hacer frente a esa obligación que resulte adecuada a la situación particular del amparista.

Cabe destacar que las soluciones para atender el mencionado derecho a la vivienda pueden ser diversas y dependerán del ejercicio de funciones administrativas que no han sido ejercidas, más allá de los programas de subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional.

En estos casos, los jueces deberán cuidarse de no invadir las competencias que el Poder Legislativo ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado en los supuestos como el *sub examine*. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que perentoriamente se pronuncie al respecto.

Finalmente, vale destacar que la obligación de condena impuesta en autos subsistirá mientras perdure la situación de vulnerabilidad del accionante en que ella encuentra apoyo.

11. Por lo demás, coincido con mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en que no cabe soslayar que las obligaciones que aquí se adjudican al GCBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales (confr. art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11.1. del PIDESC; etc), y que este no podría trasladarlas a las

jurisdicciones locales desentendiéndose de las mismas (conf. art. 28 de la CADH).

En el caso, si bien no ha sido citado oportunamente el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad, aunque ello sea en otro proceso.

Por ello, voto por: hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los términos en que fue establecida la condena en autos y rechazarlo en todo lo demás, revocar la condena dispuesta y, en consecuencia, ordenar al GCBA que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de “brindar alojamiento” a la parte actora (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036) que reúna las condiciones adecuadas a la situación de discapacidad del accionante.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja del GCBA (fs. 69/75) fue recibido en el Tribunal dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402 para su interposición. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. Al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los sentenciantes destacaron:

i) que (fs. 204 vuelta) “(...) las tratadas fueron todas las cuestiones relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso y, de hecho y prueba, en tanto se analizó si están dadas las condiciones previstas en el dec. 960/08, a fin de determinar si la actora y su grupo familiar se encuentran comprendidos en alguna de las prioridades previstas en la Constitución local para mantener el beneficio del subsidio que se pretende”;

ii) que (fs. 204 vuelta) “(...) el recurso solo discute el acier-

to de las conclusiones a que ha arribado el tribunal sobre la base del contexto fáctico y jurídico, cuya existencia no fue controvertida”;

iii) que (fs. 204 vuelta) “(...) la demandada no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales —locales o nacionales— lo hace en forma genérica”; y

iv) que (fs. 205) “(...) las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como la ley 3706, el dec. 690/06 y sus modificaciones”.

3. El quejoso se limita a afirmar de manera general que la decisión impugnada exhibe una cuestión constitucional suficiente. Aduce (fs. 70) que “(...) la Alzada ha dictado en autos una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14, CCABA), habiéndose condenado al GCBA, afectándose así de esta manera, la garantía al debido proceso legal adjetivo y derecho a defensa en juicio del GCBA (art. 13, inc. 3º de la CCABA y art. 18 de la C.N.)”. Por lo demás, denuncia que la resolución denegatoria resulta dogmática.

Los escasos señalamientos de la Ciudad referidos en el párrafo anterior no alcanzan para rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no admitir su recurso de inconstitucionalidad.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de re-

curso de inconstitucionalidad”, expte. N° 865, resolución del 9/4/2001).

El Gobierno, pues, no cumplió siquiera mínimamente con la carga de demostrar el error en el cual a su juicio habría incurrido el *a quo* al cerrar su acceso al Tribunal.

En síntesis, las deficiencias de la presentación en examen sellan su suerte adversa e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja de fs. 69/75.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos, tal como han sido planteados, no alcanzan a realizar una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que —sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar—: *a)* invocan genéricamente garantías constitucionales afectadas que no logran conectarse adecuadamente con lo resuelto en la causa; *b)* no presentan al Tribunal un caso constitucional, cuando con liviandad atacan una decisión que encuentra sustento en apreciaciones de hecho y prueba que fueron ponderadas principalmente a la luz de normas infraconstitucionales que no se rebaten, y *c)* en modo alguno logran revelar la existencia de *arbitrariedad* en lo decidido.

Entiendo aplicable *mutatis mutandis* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —v. *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo

a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta puramente genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Las circunstancias *supra* indicadas resultan suficientes para decidir que la queja del GCBA no puede prosperar.

No obstante lo expuesto, entiendo oportuno destacar -a mayor abundamiento-, que la decisión adoptada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en el presente caso se sustenta en una apreciación sobre la particular situación de vulnerabilidad por la que transita el actor, la que entiendo puede enmarcarse dentro de los parámetros referenciados por la CSJN en la causa “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 69/75.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* a la queja del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 284 a 287 (de los autos principales) en cuanto ordenó al GCBA que "... cubra [al accionante] la necesidad mínima de vivienda (...) por medio del subsidio que venía otorgando hasta ahora u otro medio razonable que disponga que no sea parador ni hogar, adecuado a la situación particular del actor y en el monto necesario para satisfacer la

necesidad habitacional mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación socio-ambiental dentro del mes de quedar firme la sentencia y, en lo sucesivo, en forma trimestral".

3°. *Condenar* al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad del actor.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCVII - VALLEJOS, LUIS DOMINGO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO⁴²

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 10.168/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 207/220 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 177/180 vuelta; 189) que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo en los términos

⁴² *Nota del editor:* Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 4/6/2014 en los autos "Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 9903/13, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2014/B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 1537.

expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento; en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 180/180 vuelta).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 30.133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n°13817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/2012, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad, la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación (fs. 207/220 vuelta).

También se agravó porque la Sala interviniente, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el

GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. El recurso de inconstitucionalidad fue concedido únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y fue denegado en cuanto a los restantes planteos (fs. 250/251 vuelta).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y reenviar la causa a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 272/282 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantizara su derecho a una vivienda digna; *ii)* que se encuentra en situación de *vulnerabilidad social*; *iii)* que los jueces de mérito entendieron que la demanda fue planteada por los actores como “grupo familiar” acordándole al mencionado grupo una solución al problema habitacional denunciado, y *iv)* que el beneficiario del programa habitacional es el Sr. Luis Domingo Vallejos, un adulto mayor de 60 años (conf. fs. 31/31 vta., 122/ 126 y 180 vuelta) Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

2. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó, en los términos ya reseñados en el punto 2 de los “resulta”, la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario emitió la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal in re: “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, sentencia suscripta el 4/6/2014.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 177/180 vuelta; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de asegurar el acceso a un alojamiento a la parte actora que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación del accionante.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen "...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia..." comprensivo de la "vivienda adecuada", así como del derecho a una "mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional "...en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos "Giroldi" (*Fallos*, 318:514), "Aquino" (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y "Espósito" (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: "el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención" (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas "Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación", sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁴³

⁴³ "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...."

"...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)"

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Esta-

dos interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para ha-

bilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁴⁴ o “Sejean”⁴⁵ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

⁴⁴ 347 Scotus 483 (1954).

⁴⁵ *Fallos*, 308:2268 (1986).

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el

orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCaYT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 177/180 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de asegurar el acceso a un alojamiento a la parte actora que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación del accionante.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, sentencia suscripta el 4/6/2014.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

“VALDEZ, MARIO ENRIQUE c/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

Expte. SACaYT n° 9903/13 - 4/6/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 139/152 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la de primera instancia que hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el considerando VIII de su pronunciamiento; esto es, que “...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces...”; “...que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el

alojamiento a la parte actora en hogares o paradores...” y que en caso de que “...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (fs. 126/129 vuelta).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la de la causa caratulada “Ríos Miguel Ángel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. 40592/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores más necesitados. Sos-

tuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n° 13817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/2012, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador había ejercido la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que el amparista continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los más necesitados, sin que pudiera suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad, la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravio porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea, y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11 (fs. 139/152 vuelta).

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 178/179 vuelta).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 191/201 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. En el *sub lite* se ha planteado una cuestión constitucional que corresponde a este Tribunal resolver: el alcance que cabe acordarle al “derecho a una vivienda digna” (conf., entre otros, los art. 31 de la CCABA, 14bis de la C.N.).

1.1. La Cámara comenzó por tener acreditada la siguiente situación de hecho. La parte actora es un argentino, sin contención familiar, con graves problemas de salud (padece una enfermedad obstructiva crónica), que le impiden salir de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, y que está en situación de calle (fs. 78/86). A lo dicho cabe agregar que tampoco se encuentra controvertido que en la actualidad el actor tiene 60 años (conf. las constancias de la causa sobre cuya base los jueces de mérito resolvieron, ver fs. 23). La Cámara también destacó que el actor había sido beneficiario del subsidio instrumentado por el dec. 690/06, cuya renovación le fue denegada por el GCBA. Ese cuadro fáctico no viene cuestionado por el GCBA.

A la luz de esa situación de hecho, el *a quo* confirmó la sentencia apelada en la que se había dispuesto que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces...", "...que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores..." y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones..." (fs. 126/129 vuelta).

1.2. Por su parte, el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad sostiene que "...la ley 3706 no hace más que confirmar que el GCBA, a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11, ha dado fiel cumplimiento con el principio de legalidad administrativa..." y que "...no es función del poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establecer las políticas sociales en materia de emergencia habitacional..." (fs. 139/152 vuelta). En suma, manifiesta que el derecho a la

vivienda del actor está limitado al beneficio acordado por los decretos transcriptos.

2. Con carácter previo a analizar la cuestión descripta, hay dos reglas que recordar.

La primera. Las alegaciones de las partes no limitan al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. *mutatis mutandis Fallos*, 308:647; 307:1457; 329:2876 y 3666, entre otros).

La segunda. Las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos*, 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

Reglas generales acerca del derecho a la vivienda

3. Uno. El derecho a una vivienda digna, que reconoce el art. 31 de la CCABA, es operativo (conf. el punto 5.1. del voto conjunto de los jueces Conde y Lozano *in re* "Alba Quintana", ya citado, y el considerando 10° de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y.", *Fallos*, 335:452).

3.1. Dos. La reglamentación de ese derecho corresponde primariamente al Poder Legislativo, como expositor de la voluntad general y encargado de reglamentar los derechos acordados por la Constitución sin alterar su espíritu. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a esta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno (conf. voto conjunto de los jueces Conde y Lozano). "...[L]as obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principal-

mente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la Administración no deba contribuir al cumplimiento — art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios [...] y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento” (conf. el punto 5.1 de “Alba Quintana”, conf., también, el cons. 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”).

3.2. Tres. El derecho no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. Los estados, locales y el Nacional (retomamos esta cuestión en el punto 15 de este voto), tienen que realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC⁴⁶, punto 11 del mencionado voto conjunto y último párrafo del considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). En ese orden de ideas, la CSJN señaló “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.

Marco legal en la CABA

4. Al día de la fecha no existe una ley que, cumpliendo con la manda del art. 31 de la CCABA, hubiera reglamentado el derecho a la vivienda en términos tales

que se pueda conocer, con toda precisión, cuáles son las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA). No obstante ello, varias son las leyes que se han dictado al respecto desde el pronunciamiento de este Tribunal *in re* “Alba Quintana”, ya citado.

5. La ley 3706, sobre cuya base la Cámara resolvió, no reglamenta el derecho a la vivienda. En efecto, entre los “deberes” que pone a cargo de la Ciudad frente a las personas que están en situación de calle, o en riesgo de estarlo (situaciones que vienen definidas por el art. 2º de la ley), no está previsto un mecanismo para resolver la situación habitacional de esas personas. Obsérvese que el inc. c. del art. 4 de la ley es el único que menciona a la “vivienda”, pero no lo hace para reconocer ese derecho. Pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...”, cuyo contenido, o destinatarios, tampoco define.

La ley 3706, en lo que aquí importa, define quiénes están en situación de “emergencia habitacional”, es decir, en situación de calle o en riesgo de estarlo (conf. el art. 2º de la ley). De esa definición surge, a su vez, que la “...red de alojamiento nocturno...” no constituye un medio para atender el derecho que consagra el art. 31 de la CCABA. Allí expresamente se dice que “...se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (conf. el inc. a del art. 2º de la ley 3706). Es decir, el Legislador ha entendido que los paradores nocturnos no

⁴⁶ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

constituyen un modo suficiente de atender el derecho a la vivienda.

6. La ley 4036 tiene como objeto, conf. su art. 1º, la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, y contempla 3 especies de “prestaciones” con las que el estado puede atender esos derechos: económicas, técnicas y materiales. El art. 5º define a esas prestaciones del siguiente modo:

“*Son prestaciones económicas* aquellas entregas dinerarias de carácter no retributivo, intransferible e inembargable destinadas a los ciudadanos a fin de paliar situaciones transitorias de necesidad o garantizar el acceso a condiciones dignas de vida.

Son prestaciones técnicas los actos profesionales de asesoramiento, acompañamiento y evaluación técnica destinados a atender las necesidades de los ciudadanos.

Son prestaciones materiales aquellas en las que se otorguen servicios en especies para paliar las situaciones de emergencia de los sectores de población afectados” (el destacado no pertenece al original).

En materia habitacional reconoce dos derechos distintos:

i) uno genérico a todos los derechos sociales: la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad a aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno...” (conf. los art. 1 y 6 de la ley), universo en el que, adelantamos, el art. 3º de la ley 4042 pone como prioritarios a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes; y,

ii) el derecho a “un alojamiento” a los adultos mayores de 60 años en “situación de vulnerabilidad social” (conf. el art. 18) y a las personas discapacitadas, también, en “situación de vulnerabilidad social” (conf. inc. 3º, del art. 25).

Vale destacar que el derecho a un alojamiento que acuerda la ley no consiste en el derecho a obtener la posesión de un inmueble. El derecho es a ser alojado (conf. los arts. 18 y 25 de la ley). La Real Académica Española define al verbo “alojar”, en su primera acepción, como: “hospedar o aposentar”⁴⁷. “[H]ospedar” significa “[r]ecibir huéspedes, darles alojamiento”; y “aposentar”: “[d]ar habitación y hospedaje”. Como se puede observar el derecho no es uno de propiedad, sino el de ser cobijado en las condiciones que manda la ley.

Así el Legislador ha decidido asistir de manera, en principio, permanente a quien está en una situación de vulnerabilidad que presumiblemente se va a ir profundizando (quien es de avanzada edad, será mayor aun, y las discapacidades rara vez se curan, en todo caso se superan). En cambio, optó por darle prioridad en el acceso a las políticas sociales que el PE establezca a quienes están en una situación que puede ser caracterizada, en principio, como de vulnerabilidad “temporal”.

Con carácter previo a analizar esos dos derechos, repasemos los dos requisitos “comunes” a cuya concurrencia los sujeta la ley, el primero (a) que hace a la vinculación que la persona tiene que tener con la Ciudad y el segundo (b) con la situación en que esa persona se encuentra.

a) Anclaje con la Ciudad.

7. Primeramente, las personas deben ser “ciudadanos” de la CABA (conf. el art.

⁴⁷ Conf. www.rae.es.

1 de la ley) o extranjeros que cumplan con los requisitos que indica el art. 3.

Ciudadanos:

7.1. El art. 1° dice "...[l]a presente Ley tiene por objeto la protección integral de los Derechos Sociales *para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*" (el destacado no pertenece al original).

7.2. La idea de Ciudadanía se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de ejercer los derechos políticos, en particular, el derecho al voto dentro de la comunidad de que se trate. En ese orden de ideas, la RAE define a la voz "ciudadano" —utilizada como sustantivo— como al "[h]abitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos *como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejerciéndolos, en el gobierno del país*" (el destacado no pertenece al original). En línea con ello, el art. 62 de la CCABA dice que "[e]l 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*" (el destacado no pertenece al original).

En ese marco, la locución "Ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires", empleada por la ley 4036, denota, en una interpretación vinculada con su propósito solidario, a todas aquellas personas que están o pueden estar empadronadas en la CABA, es decir, quienes deben o pueden votar a las autoridades de la Ciudad. Ciertamente habla de quienes son ciudadanos y no de quienes pueden serlo, pero, esta diferencia reza solamente para los extranjeros, y es claro que la ley 4036 persigue un propósito solidario y no estimular a que los extranjeros voten. Acceder al derecho a votar no puede convertirse en una carga para obtener un derecho social. Si lo fuera, estaríamos en un escenario de influencia.

Ese anclaje, el de estar empadronado en la CABA, entre otras cuestiones, constituye un modo de distribuir obligaciones que pesan sobre todos los estados locales por igual. Quien está empadronado en una jurisdicción, por regla, no lo puede estar al mismo tiempo en otra. De esa manera, cada ciudadano argentino está en condiciones de reclamar la asistencia social que entienda tiene derecho a recibir al estado en cuya comunidad política participa, o está en condiciones de participar.

Extranjeros:

7.3. A ese universo de beneficiarios hay que agregar, como adelantamos, a los extranjeros. El art. 3° dice: "[l]os extranjeros residentes en la Ciudad que cumplan con los requisitos establecidos por la legislación nacional y la local y con las determinadas por la presente Ley a tal fin podrán acceder a las políticas sociales instituidas por esta norma".

No cabe interpretar que esa norma ha puesto a los extranjeros en una situación más beneficiosa a los ciudadanos de la CABA, sino, en todo caso, en una idéntica (conf. el art. 16 de la C.N.).

De ahí que si constituye un requisito para los ciudadanos argentinos estar empadronados en la CABA, los extranjeros que aspiran le sean acordados iguales beneficios deben cumplir con los requisitos que exige la ley 334 para estar empadronados en la CABA. Reiteramos, con lo que se debe cumplir es con los requisitos para estar empadronados, no se requiere estar empadronados. Ello es así, porque, nuevamente, la ley 4036 persigue un propósito solidario y no estimular a que los extranjeros voten.

En particular, deben cumplir con las previsiones del art. 2° de la ley 334; cuyo texto dice:

"Art. 2° — Los extranjeros y las extranjeras desde los dieciséis (16) años de edad cumplidos están habilitados para votar en los actos electorales convocados en el mar-

co de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previa inscripción voluntaria en el Registro de Electoras/es Extranjeras/os creado por esta ley cumpliendo con los siguientes requisitos: (*Conforme texto art. 2° de la ley 4.515, BOCBA n° 4162 del 28/5/2013*)

- a) Tener la calidad de “residente permanente” en el país en los términos de la legislación de migraciones.
- b) Poseer Documento Nacional de Identidad de Extranjera o Extranjero.
- c) Acreditar tres (3) años de residencia en la Ciudad de Buenos Aires y tener registrado en el Documento Nacional de Identidad de Extranjera o Extranjero su último domicilio real en la ciudad.
- d) No estar incurso en las inhabilidades que establece el Código Electoral Nacional”.

b) Situación de vulnerabilidad

8. Ambos derechos, el de a un alojamiento como el de acceso a las políticas sociales que brinda el GCBA, están dirigidos a tutelar a personas que estén en “estado de vulnerabilidad social”.

8.1. El art. 6° de la ley define a la “vulnerabilidad social” como: “...la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.// Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”. La generalidad con que en la ley ha sido definida la “vulnerabilidad social” no es casual. Esa definición busca abarcar escenarios diversos en los cuales las cir-

cunstancias que llevaron a la persona a encontrarse en esa situación pueden tener, también, orígenes en causas muy diversas.

Ello se debe a que la ley, recordemos, tiene por objeto la atención “integral” de los derechos sociales; razón por la cual la vulnerabilidad a que se refiere el citado artículo tiene en mira atender distintas situaciones, todas aquellas que puedan dar lugar a la vulneración de derechos sociales. Dicho de un modo más directo, una persona bien puede estar en situación de “vulnerabilidad social” frente al ejercicio de uno o varios derechos, empero no de otros o de todos. Acudimos a un ejemplo para explicar el punto. En el caso de una persona que padece HIV, que cuenta con contención familiar (vive con sus progenitores), que es discriminada laboralmente con motivo de su enfermedad, no es vulnerable desde el ángulo habitacional, sino frente al derecho a no ser discriminado.

En línea con ello, la ley distingue situaciones asignándoles soluciones específicas. Por ejemplo, en el caso de los adultos mayores que no pueden valerse por sí, distingue que tengan, o no, un lugar donde vivir. En el primer caso, impone al GCBA “[f]acilitar el mantenimiento de la persona mayor en su medio...” (conf. el art. 17, inc. 1°); y en el segundo, la obligación del Estado consiste en “asegurar” el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria (conf. el art. 18 de la ley).

En suma, la obligación estatal varía según cuál sea la situación de vulnerabilidad acreditada.

8.2. Para el caso del derecho a la vivienda la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consiste en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir, o permanecer, en un lugar donde vivir, es decir, estar en la situación de calle o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706. Esa imposibilidad puede encontrar diversos orígenes y, consecuentemente, duración. En este orden de ideas, el párr. 2° del art. 6 transcripto *supra* señala diversas razones por las cuales una perso-

na puede encontrar dificultades para ejercer sus derechos: edad, género, estado físico, circunstancias sociales, económicas, etc.

Establecer cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia es una cuestión que, conf. el art. 6° de la ley 4036 y las cuestiones reseñadas, depende de la valoración de extremos de hecho y prueba que corresponde, como principio, primeramente a la Administración evaluar, y luego, y solo en el supuesto de que la decisión administrativa dé lugar a una acción judicial, al juez. En ese orden de ideas, por ejemplo, hay elementos como comenzar por descartar que quien peticiona la asistencia del estado cuente con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Cód. Civil, tenga derecho a requerirle “alimentos”, que deben ser analizados. Recordemos que el art. 372 del Cód. Civil dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades” (el destacado no pertenece al original).

A esos dos requisitos, la ley suma otros en el supuesto en que la prestación sea de tipo “económica”.

9. Tanto ciudadanos de la CABA, como extranjeros, tienen que cumplir, para percibir “prestaciones económicas” (conf. el punto 6 de este voto), con los requisitos que dispone el art. 7° de la ley, a saber:

- a) “Presentar documento de identidad argentino, cédula de identidad; excepcionalmente en el caso de extranjeros podrá presentar la residencia precaria.
- b) Presentar certificación domiciliaria emitida por autoridad competente o referencia administrativa postal (RAP) en el caso de personas en situación de calle.
- c) Tener residencia en la Ciudad no menor a dos años.
- d) Ser mayor de 18 años de edad

- e) Encontrarse inscripto en el RUB -Registro Único de Beneficiarios-; hasta tanto se produzca efectivamente la inscripción podrán acceder a los beneficios que determine la autoridad de aplicación.
- f) Presentar Código Único de Identificación Laboral (CUIL)
- g) Presentar Certificado de Discapacidad en los casos que correspondan.

La autoridad de aplicación en casos de emergencia y/o situaciones particulares, podrá exceptuar el cumplimiento de alguno/s de los requisitos mínimos cuando lo considere pertinente mediante decisión fundada”.

9.1. Esos requisitos deben ser leídos en convivencia con los señalados anteriormente que hacen al anclaje que tanto extranjeros como ciudadanos tienen que tener en la Ciudad. Interpretar que estos requisitos eliminan los anteriormente mencionados, pondría a un artículo, el 7, en contraposición a lo que prevén el 1 y el 3, conclusión a la que no le es dable al intérprete arribar (conf. doctrina de las sentencias publicadas en *Fallos*, 329:5826, y sus citas, entre mucho otros).

Así las cosas:

Inc. a). Tal como quedó dicho *supra*, la regla es que para ser elector en la Ciudad, los extranjeros tienen que tener la calidad de “residentes permanentes” (ver el punto 7.3 de este voto). Excepcionalmente, los extranjeros pueden cumplir con los requisitos presentando la residencia precaria, pero, como toda excepción a la regla general, la autoridad de aplicación es quien, en ejercicio de las facultades que le acuerda el último párrafo del art. 7°, tiene que establecer cuándo se da ese supuesto excepcional; no el juez, quien carece de competencia para ello.

Inc. b). La obligación de presentar certificación domiciliaria o la Referencia Administrativa Postal (conf. el art. 9° de la ley 3706) no dispensa de cumplir con

las reglas para estar empadronado, aunque esto último, estar empadronado, no sea un requisito en el caso de los extranjeros.

Inc. c). La norma establece una residencia mínima en la Ciudad para acceder a los beneficios económicos, 2 años. Es decir, nada impide que la residencia, producto de lo previsto en otras normas, no deba ser mayor, circunstancia que se da en el caso de los extranjeros. En efecto, los Ciudadanos argentinos no solo deben acreditar estar en el padrón, sino, también, haber residido en la Ciudad no menos de 2 años; en cambio, los extranjeros, con arreglo a lo previsto en la ley 334, tienen que acreditar una residencia de 3 años (conf. la ley 334).

Finalmente, los incs. d), e), f) y g), agregan a los ya mencionados otros 4 requisitos: ser mayor de 18, estar inscripto en el RUA (conf. el decreto 904/01), presentar el CUIL y, en los casos que corresponda, certificado de discapacidad.

Derecho a un alojamiento

10. Tal como adelantamos en el punto 6 de este voto, tienen derecho a un alojamiento (conf. la ley 4036) "...aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad social" (conf. el inc. 3º del art. 25 de la ley 4036) y "...los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social..." (conf. el art. 18 de la ley).

10.1. La "situación de vulnerabilidad social" frente al derecho a la vivienda (conf. el punto 8 a 8.2 de este voto) se requiere en ambos casos. Pero, el Legislador ha entendido que cuando esa situación viene acompañada por una discapacidad (conf. el art. 23 de la ley) o una edad avanzada, más de 60 años, se impone una tutela especial.

Personas discapacitadas

11. La ley no se refiere a cualquier "discapacidad".

La definición de qué se entiende por personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad viene dada por el art. 23 de

la ley en los siguientes términos: "[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión".

Como se puede observar, la mera presentación de un certificado de discapacidad no basta para acreditar la "discapacidad" a que se refiere la ley, ni la definición transcrita excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23. Agrega el Legislador que no basta con que se trate de una persona que padezca alguna de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales, sino que para quedar incluidas en el grupo beneficiado es preciso que se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono.

11.1. Además, no hay que perder de vista que la ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. El art. 22 dice: "[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447".

A tales fines se prevé que el GCBA "...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social" (conf. el art. 25 de la ley); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de con-

tención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral (conf. art. 25, especialmente incs. 4 y 6).

En suma, la asistencia a la persona discapacitada es integral. Esa asistencia debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si la persona discapacitada es un menor, la solución integral no puede llevar a la separación del grupo familiar (conf. el art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio 6° de la Declaración de los Derechos del Niño).

Adultos Mayores

12. Respecto de este grupo, tal como se adelantó *supra*, el art. 18 de la ley dice: “[e]n caso de los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social, la autoridad de aplicación deberá asegurarles el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria a tal fin podrá destinar entregas dinerarias o disponer de otro mecanismo” (el destacado no pertenece al original).

Esta regla, también como se dijo más arriba, debe ser leída junto con el inc. 1 del art. 17 de la ley 4036. El principio general lo establece esta segunda norma. Si la persona mayor tiene hogar propio o vive en uno familiar, el GCBA debe facilitarle su permanencia “en su medio” (conf. el inc. 1 del art. 17). Solo en el supuesto en que la persona mayor esté en situación de calle o en riesgo de estarlo opera el art. 18 transcrito en el párrafo que antecede.

Derecho a un acceso prioritario

13. El acceso prioritario que establece la ley es a las políticas sociales que brinda el GCBA.

¿Quiénes tienen acceso prioritario?

Las personas que se encuentren en “estado de vulnerabilidad social” (conf. los arts. 1° y 6° de la ley 4032) y no sean discapacitados (conf. los arts. 22, 23 y 25 de la ley 4032) ni mayores de 60 años (conf. el art. 18 de la ley), puesto que estos dos últimos

grupos, como quedó dicho más arriba, no tienen reconocida una prioridad en el acceso a las políticas sociales, sino un derecho a un alojamiento que le acuerda la ley.

A su vez, dentro del universo de personas en “estado de vulnerabilidad social”, la ley 4042 prioriza en el acceso a los programas de vivienda o hábitat a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes. En palabras de la ley: “[e]n todos los programas de vivienda o hábitat que se ejecuten con intervención del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá otorgarse prioridad a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de los demás criterios que establezcan las normas específicas” (conf. el art. 3° de la ley 4042).

13.1. Así las cosas, dentro del universo de personas en situación de vulnerabilidad social el Legislador ha hecho la siguiente distinción: i) personas mayores y discapacitadas, tienen, entre otros, derecho a un alojamiento; y, ii) el resto de las personas en esa situación tienen acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA, pero dentro de este segundo grupo están en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as.

13.2. En materia habitacional, para los casos que nos ocupa, la política social del GCBA consiste, principalmente, en la entrega de sumas dinerarias. Así, el dec. 690/06, modificado por los decs. 960/08, 167/11 y 239/13, crea un “subsidio habitacional”, cuyo monto y forma de pago fue definido por el último de los decretos reseñados, el 239/13.⁴⁸

⁴⁸ Textualmente el decreto 239/13 dice: **Artículo 1°** — Sustitúyese el art. 5° del dec. 690/06, modificado por los decs. 960/08 y 167/11, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Establécese el monto del subsidio a otorgar en una suma total de hasta diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800), abonado en un máximo de seis (6) cuotas mensuales y consecutivas de hasta un mil ochocientos pesos (\$ 1.800) cada una. Dependiendo de cada caso particular, y si

13.3. Conforme las reglas sentadas en los puntos 3 a 3.2. de este voto, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler. Recordemos que la obligación de los estados es a realizar sus mayores esfuerzos. Al respecto este Tribunal tiene dicho que “[l]os recursos disponibles limitan

la situación de vulnerabilidad social del beneficiario así lo amerita, la Autoridad de Aplicación podrá extender el presente subsidio y otorgar una suma adicional de hasta siete mil doscientos pesos (\$ 7.200), pagadera en un máximo de cuatro (4) cuotas mensuales adicionales de hasta mil ochocientos pesos (\$ 1.800) cada una. Alternativamente, la Autoridad de Aplicación podrá disponer el pago del subsidio en una sola cuota por el monto total previsto de diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800) en los casos en que el beneficiario, al momento de ingreso al Programa, acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva y concreta y ejerza la opción requiriendo dicho pago único. La opción del beneficiario a percibir el subsidio alternativo por salida definitiva en una cuota es excluyente de la percepción de toda otra suma dispuesta en el presente Decreto.”

Art. 2º — Disposición Transitoria: Dispónese que para el caso de beneficiarios que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto se encontraren percibiendo alguna de las primeras seis (6) cuotas del subsidio habitacional establecido por el dec. 690/06 y sus modificatorios, la Autoridad de Aplicación estará facultada para aumentar el monto de las cuotas adicionales de acuerdo a las sumas fijadas en el art. 5º del dec. 690/06 modificado por los decs. 960/08, 167/11 y por lo establecido en el art. 1º del presente, para aquellos casos en que la situación particular del beneficiario así lo amerite.

Art. 3º — El presente Decreto es refrendado por la señora Ministra de Desarrollo Social, el señor Ministro de Hacienda y el señor Jefe de Gabinete de Ministros.

Art. 4º — Dese al Registro, publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, y para su conocimiento y demás efectos, pase a los Ministerios de Hacienda y de Desarrollo Social. Cumplido, archívese”.

aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDEsYC. De todos modos, no es menos cierto que el párr. 1º del art. 2º del tratado obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, por tanto, para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones” (conf. “Alba Quintana”, voto de los Dres. Conde y Lozano).

13.4. Ahora bien, los decretos reseñados no establecen reglas para la distribución del beneficio que se ajusten a los parámetros en la distribución que establece la ley 4036 (conf. el art. 11º del dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08). Es más, deja librado a la Autoridad de Aplicación el establecimiento de los montos a otorgar a los grupos beneficiarios de acuerdo a la composición de los grupos familiares y al índice de vulnerabilidad que establezcan (art. 7º, conf. art. 3º del dec. 167/11). Textualmente el artículo dice: “[d]ispónese que la Autoridad de Aplicación deberá fijar por vía reglamentaria la escala de montos a otorgar a los grupos beneficiarios, de acuerdo con la composición de los grupos familiares y al índice de vulnerabilidad que establezca”.

En ese marco, los parámetros fijados por el PE siguen guardando la falta de claridad que destacamos *in re* “Alba Quintana” (conf. el punto 12 de nuestro voto).

13.5. Si bien ello no torna inconstitucional al decreto, atento que nada impide que el PE extienda el derecho reconocido en la ley, si permite presumir que los subsidios no son distribuidos de la manera que ordenó el Legislador, es decir, atendiendo las prioridades que establece el art. 31 de la CCABA, que reglamenta, en parte, la ley 4036.

De ahí que, mientras se mantenga ese sistema, salvo que el GCBA acredite, a fin de desvirtuar la mencionada presunción, que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida, el juez está en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes 4036 y 4042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes. Ello así, porque con esa decisión lo único que vendría a hacer es a reponer las prioridades fijadas por el Legislador que, como dijimos, se pueden presumir no respetadas.

Así, resulta enteramente aplicable lo dicho por este Tribunal respecto a que los jueces deben constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCBA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad [conf. TSJ en ‘B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’, expte. n° 4757/06, sentencia de este Tribunal del 25/4/2007].

14. En suma, los alcances del derecho a la vivienda reseñados *supra* surgen todos de la ley y pueden ser resumidos del siguiente modo:

La ley 3706 define qué personas están en “emergencia habitacional”, empero no reglamenta el derecho a una vivienda digna (conf. el punto 5 de este voto).

La ley 4036, en materia habitacional, acuerda dos derechos distintos: (a) prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el GCBA; y (b) a “un alojamiento” (conf. el punto 6 de este voto).

Los dos requisitos “comunes o generales” que deben cumplir quienes pretendan acceder a esos derechos son: 1) ser ciudadano/a de la Ciudad o en el caso de los extranjeros cumplir con los requisitos para estar empadronado en la Ciudad (conf. los puntos 7.1 a 7.3 de este voto); y, 2) estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, a que se refiere el art. 2° de la ley 3706 (conf. los puntos 8 a 8.2 de este voto).

Si la prestación es de índole económica además se deben cumplir con los requisitos del art. 7° de la ley (conf. los puntos 9 y 9.1 de este voto).

Ahora bien, para acceder al derecho a “un alojamiento” la ley agrega que la persona debe ser discapacitada (conf. la definición del art. 23 de la ley 4036, ver los puntos 11 y 11.1 de este voto) o mayor de 60 años (conf. el art. 18 de la ley, ver el punto 12 de este voto).

Las personas que no cumplen con alguno de esos dos requisitos, pero sí con los “comunes o generales”, tienen derecho a un acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA; dentro de este segundo grupo la ley 4042 pone en una situación privilegiada a los grupos familiares con niños/as (conf. los puntos 13 a 13.1 de este voto).

Finalmente, como las políticas actuales del GCBA en materia habitacional no establecen reglas para la distribución de los beneficios que se ajusten a los parámetros en la distribución que establece la ley 4036, los jueces pueden presumir que el GCBA aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio y, por ende, ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes 4036 y 4042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes (conf. los puntos 13 a 13.5 de este voto).

Obligaciones concurrentes:

15. No hay que soslayar que las obligaciones que aquí se imputan al GCBA han sido asumidas por el Estado Nacio-

nal en el marco de tratados internacionales (conf. los arts. 25 de la DUDH, 11.1. del PIDESC).

En el art. 28 de la CADH—Pacto de San José de Costa Rica del 22/9/1969— se estableció que “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”. Esta previsión coincide con los contenidos incorporados a la Constitución Nacional. El estado federal puede asumir compromisos, pero, trasladarlos a los estados federados requiere que la constitución que lo organiza le dé atribuciones que posibiliten hacerlo. Ciertamente, el estado federal no puede disponer de los presupuestos locales. A su turno, el art. 10 de la CCABA asume los compromisos internacionales, pero, ni sustituye al estado federal en su cumplimiento ni podría hacerlo.

En este orden de ideas, la CSJN sostuvo que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (conf. doctrina CSJN *Fallos*, 321:1684; 323:1339; 331:2135, entre otros). En esa línea, hay que recordar que la propia CSJN ha dicho en el precedente Q.C., S.Y. que es tarea del Congreso re-

glamentar el derecho a la vivienda (conf. el Considerando 11 Q.C., S.Y.).

En ese marco, si bien no ha sido citado el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad.

Características de la sentencia

16. Finalmente, hay que señalar que las sentencias que se dictan en los procesos en los que se persigue una solución habitacional causan estado solo con relación a aquellas cuestiones que se mantienen inalteradas (v. gr., la declaración de que una persona es un adulto mayor según los parámetros de la ley). Pero, existen cuestiones que no quedan resueltas de un modo definitivo allí. Por ejemplo, la situación de vulnerabilidad social constatada, de cuya subsistencia depende el mantenimiento de la condena.

A quien la ley identifica como obligado a brindar las políticas sociales a las que allí se hace mención (entre las que se encuentra la de dar alojamiento a las personas mayores o discapacitadas) es al GCBA. En ese marco, el Legislador ha establecido a esas funciones como administrativas. Esa circunstancia debe ser tenida en cuenta por los jueces al tiempo de resolver los pleitos que son puestos a su consideración para no invadir la competencia que el Legislador ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno, el PE. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que se pronuncie al respecto.

Aplicación de las reglas que anteceden al caso

17. En el *sub lite*, tal como quedó dicho más arriba, no se debate que la parte actora es un hombre, argentino, que tiene 60 años de edad, con graves problemas de

salud (conf. el punto 1.1 de este voto), que le impiden superar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra (conf. punto 1.1. de este voto), y está en situación de calle (conf. la ley 3706). Tampoco está debatida la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

En ese marco, la parte actora tienen derecho a que el GCBA le brinde un alojamiento (conf. art. 18 de la ley 4036).

18. No obstante ello, asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes. Si bien la condena le da ocasión para que diga cómo se va atender el derecho que le asiste a la accionante, lo cierto es que lo hace en términos tales que termina invadiendo facultades privativas del GCBA, por ejemplo, en cuanto dice que si se "...decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones...". Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende, como dijimos, del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda del aquí actor (conf. art. 18 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones (mayor adulto de 60 años). Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Por lo demás, como toda decisión posterior a la sentencia definitiva, la solución que definitivamente se adopte no podrá apartarse de la definitiva, y si lo hace, podrá la parte que se estime agraviada acudir a los recursos que el ordenamiento procesal le acuerda, incluso al recurso ante este Tribunal. Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, votamos por: hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs 126/129 vuelta y condenar al GCBA a brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia a cuyo fin deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado.

El juez José O. Casás dijo:

1. La sentencia resistida mediante el recurso de inconstitucionalidad encontró apoyo en la interpretación que los jueces de la causa efectuaran respecto del *derecho a una vivienda digna* para el caso concreto, a partir de los preceptos de las *Constituciones Nacional y Local* y del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; por lo que es posible concluir que en autos se encuentra configurado un *caso constitucional* que habilita la intervención de este Estrado.

2. En aquel decisorio, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia apelada en los términos expuestos en el considerando VIII de su pronunciamiento; esto es, que "la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces"; "que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso que "la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 126/129 vuelta).

Por su parte, los agravios de la parte demandada se orientan a señalar que el decisorio impugnado se apartaría de las normas vigentes en la materia, como así también desconocería la jurisprudencia sentada por este Estrado a su respecto.

No se encuentra controvertido, en cambio, que el actor es una persona con *graves problemas de salud* en tanto padece enfermedad pulmonar obstructiva crónica que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (fs. 78/86), en la medida que ninguno de esos aspectos fue cuestionado por el GCBA al apelar la sentencia de primera instancia. Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

Asimismo, corresponde tener en cuenta que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguo ha afirmado que en los juicios de amparo debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta no solo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resulten de las actuaciones producidas (doctrina de *Fallos*, 300:844; 304:1020; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros).

Teniendo en cuenta el criterio expuesto precedentemente, no puede prescindirse del hecho que en la actualidad el actor tiene la edad de 60 años (véase fs. 23); dato que resulta relevante, según se explicará en el punto 8 de este voto.

Ello sentado, corresponde abordar nuevamente en esta sentencia el desafío que representa la problemática vinculada a la exigibilidad y extensión de los derechos económicos, sociales y culturales; puntualmente, a la operatividad del *derecho a la vivienda digna* de cara a las circunstancias particulares que presenta el caso *sub examine*. Solo resta recordar, de manera preliminar, que las alegaciones de las partes no limitarán al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. doctrina de *Fallos*, 308:647; 329:2876 y 3666, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. En lo que aquí interesa, importa señalar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que, si bien las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* poseen “vocación de efectividad”, estas “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” (conf. cons 11° de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452).

A este respecto, el máximo tribunal federal sostuvo que la implementación de este derecho “*requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación*. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. *Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno*” (conf. cons 11° de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”; el destacado no obra en el texto).

Es que, en definitiva, en esta materia las normas no imponen una obligación de resultado, sino de medios. En este sentido, el Estado Nacional y los estados locales, deben realizar sus *mayores esfuerzos* para

garantizar la plena efectividad del derecho a la vivienda digna y al hábitat adecuado (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC⁴⁹) destinando de manera *razonable* los recursos públicos; esto es, resguardando la tutela especial o prioritaria que consagran diversos instrumentos internacionales, como también la Constitución Nacional y local a diversos individuos (como niños, niñas y adolescentes; ancianos; personas con discapacidad, etc.) y procurando conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (considerando 12 de la aludida sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q.C., S.Y.”).

4. En línea con lo expuesto precedentemente, estimo oportuno agregar algunas consideraciones generales.

Estoy convencido que la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: *a*) el inc. 2°, párr. 3°, en cuanto propende a la distribución de la renta federal atendiendo a la equidad y solidaridad reconociendo como objetivo prioritario el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida

e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación; *b*) el inc. 8° al disponer que en la elaboración del Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas y contenidas en el párr. 3° del inc. 2° del mismo artículo; *c*) el inc. 19, en sus tres primeros párrafos que consagran la idea de desarrollo con justicia social y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; *d*) el inc. 22, particularmente, al dotar de jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, y *e*) el inc. 23 al promover medidas de acción positiva, que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad (el destacado no obra en el texto original).

Sin embargo, de ello no cabe colegir que pueda darse satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes, como en el caso, los reclaman de las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —se trate de residentes o no residentes en la jurisdicción, nacionales o extranjeros.

Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por Ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1° de enero de 2003 a tenor del Dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica

⁴⁹ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁵⁰—, se convierten en una concreta limitante para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

5. Por otro lado no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la limitada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), San-

tiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. Enrique Valdez, “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino La Nación, ejemplar de 12 de mayo de 2014, 1ra sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “espacios verdes” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (Laura Rocha: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino La Nación, ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, pp. 1 y 20). También se indica que, conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y, siguiendo los datos publicados por el Gobierno local, excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas de los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida—, el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante; también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura,

⁵⁰ Véase CASÁS, José O.: “La insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del Federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

manteniéndola más fresca y húmeda, a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (Mariano Jäger, Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

6. Así pues, y a partir de los razonamientos precedentes, consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

En razón de lo expuesto es que corresponde erogar la mayor cantidad de recursos públicos *disponibles* de manera *razonable*; como se señalara, otorgando prioridad en el acceso a los beneficios a aquellos que las normas asignen como destinatarios de una tutela especial y conjurando los supuestos en los que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

Ello así, pues —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— se torna imperativo entender que dentro de “*los desafíos del mundo actual*” se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la socie-

dad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía”. Es que “No puede ser que no sea noticia que un anciano en situación de calle muera de frío y que sí lo sea una caída de dos puntos en la bolsa” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24 de noviembre de 2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

7. En lo que respecta al ámbito local, este Tribunal ya ha expresado que la reglamentación de ese derecho corresponde primariamente al Poder Legislativo, como expresión de la voluntad general y encargado de reglamentar los derechos acordados por la Constitución, y que poseen vocación de efectividad, sin alterar su espíritu.

El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a esta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador (conf. este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCABA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, —voto conjunto de los Dres. Conde, Lozano y voto del Dr. Casás— en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss.).

Así fue como en aquel precedente se sostuvo que los programas de subsidios habitacionales no constituían la política nuclear a la que hacía referencia el art. 31 de la CCABA sino que se traducían en un paliativo transitorio para mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos.

Ahora bien, con posterioridad al aludido precedente de este Tribunal, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social. Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador en lo que respecta a las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), tienen gravitación sobre la problemática del *sub examine*.

Por su parte, en tanto han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06; 960/08; 167/11; y su actualización por dec. 239/13; por lo que, en consecuencia, lo aquí se resuelva

no importará, forzosamente, dejar de lado el criterio enunciado por este Tribunal en el caso “Alba Quintana” y similares, con el alcance que debe ser leído después del precedente “Q.C.S.Y.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

8. En primer lugar, cabe mencionar a la ley 3706, que contiene algunas previsiones de relevancia. Es que, si bien la norma legal no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle, o en riesgo de estarlo (situaciones que vienen definidas por el art. 2° de la ley) —sino que solo pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...”, cuyo contenido o destinatarios tampoco precisa— en lo que aquí importa, define quiénes están en situación de “emergencia habitacional”, es decir, en situación de calle o en riesgo de estarlo (conf. el art. 2° de la ley).

Allí expresamente se dice que “...se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (conf. el inc. a del art. 2° de la ley 3706).

9. Por su parte, la ley 4036 parece orientarse a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas. A su turno, contempla tres especies de “prestaciones” con las que el Estado puede atender esos derechos: económicas, técnicas y materiales.

En particular, *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada, según las características de los sujetos en situación de vulnerabilidad destinatarios de aquellas políticas* (por ejemplo: personas con

discapacidad, adultos mayores de 60 años, mujeres, niños, niñas y adolescentes) y según los derechos en juego.

A su vez, es posible advertir dos requisitos comunes a cuya concurrencia la ley sujeta el otorgamiento de las prestaciones. En primer lugar, se exige cierta *vinculación de la persona beneficiaria con la Ciudad* y, en segundo término, debe verificarse una *situación de vulnerabilidad social*.

En lo que a la primera cuestión concierne, la ley define que los beneficiarios deben ser “ciudadanos” de la CABA (conf. el art. 1º de la ley 4036) o extranjeros que cumplan con los requisitos que indica el art. 3º de la misma norma.

Como sostienen mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano, la idea de “*ciudadanía*” se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de ejercer los derechos políticos, en particular, el derecho al voto dentro de la comunidad de que se trate. Y ese anclaje, el de estar empadronado en la CABA, entre otras, constituye un modo de distribuir obligaciones que pesan sobre todos los estados locales por igual. Quien está empadronado en una jurisdicción, por regla, no lo puede estar al mismo tiempo en otra. De esa manera, cada ciudadano argentino está en condiciones de reclamar la asistencia social que entienda tiene derecho a recibir del Estado en cuya comunidad política participa como elector legitimando a sus autoridades, o está en condiciones de participar.

Por su parte, en lo que respecta a los extranjeros, el art. 3º dice: “[l]os extranjeros residentes en la Ciudad que cumplan con los requisitos establecidos por las legislaciones nacional y la local y con las determinadas por la presente ley a tal fin podrán acceder a las políticas sociales instituidas por esta norma”; previsión que no podría llegar a interpretarse como que ha puesto a los extranjeros en una situación más beneficiosa a los ciudadanos de la CABA, sino, en todo caso, en una equivalente, tanto en derechos como en deberes, en razón de su

compromiso y vinculación con esta jurisdicción política.

En lo que respecta al segundo requisito exigido para acceder a las prestaciones, el art. 6º de la ley define a la “vulnerabilidad social” como: “...la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.// Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

Así, para el caso del *derecho a la vivienda*, la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la ley 3706.

Establecer cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

En ese orden ideas, por ejemplo, hay otros elementos que es conveniente descartar en el escrutinio que se haga, tales como que quien peticiona la asistencia del Estado cuente con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Cód. Civil, tenga “derecho a requerirle alimentos”, circunstancia que debe ser adecuadamente ponderada. Recordemos que el art. 372 dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario

para la asistencia en las enfermedades” (art. 372, CC, el destacado no obra en el texto original).

Finalmente, a esos dos requisitos —*vinculación de la persona beneficiaria con la Ciudad* y comprobación de una *situación de vulnerabilidad social*—, la ley suma ciertas exigencias formales en el supuesto en que la prestación sea de tipo económica (conf. art. 7°).

10. En lo que respecta puntualmente a los *adultos mayores en situación de vulnerabilidad*, la ley 4036 contiene diversas previsiones.

Por ejemplo, en el art. 16 se consigna que “el Gobierno de la Ciudad emprenderá medidas destinadas a la atención integral de los adultos mayores en condiciones de vulnerabilidad favoreciendo su integración social y comunitaria, promoviendo su autonomía y su bienestar físico y psíquico, teniendo como principios rectores de su política los consagrados por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Resolución 46/91 de la ONU y la ley 81 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Asimismo, en el art. 17 se establece que “el Gobierno de la Ciudad implementará acciones destinadas a: 1) Facilitar el mantenimiento de la persona mayor en su medio, a través de medidas que posibiliten su permanencia en el hogar propio o familiar. A tal efecto, pondrá a disposición de los adultos mayores, recursos técnicos y materiales en forma de acompañantes terapéuticos o gerontológicos a fin de retrasar, en los casos que lo determine la evaluación técnica, la institucionalización temprana; 2) Disponer la prestación de cuidados personales, en centros de atención diurna o en centros residenciales, destinados a personas mayores en situación de dependencia; 3) Brindar orientación y asesoría jurídica a las personas mayores en desamparo, arbitrando los medios técnicos y materiales a fin de detectar y asistir a aquellos adultos mayores que padezcan situaciones de maltrato y/o violencia física o psicológica; 4) Garantizar el acceso a los servicios de sa-

lud y a la seguridad alimentaria; 5) Promover el envejecimiento activo y saludable”.

Y puntualmente en lo que a la cuestión de la vivienda se refiere, en la ley 4036 se establece que “*en caso de los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social, la autoridad de aplicación deberá asegurarles el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria* a tal fin podrá destinar entregas dinerarias o disponer de otro mecanismo” (art 18 de la ley 4036 —el énfasis en negrita ha sido añadido—); tutela especial para este universo de beneficiarios que resulta armónica con la previsión contenida en el art. 41 de la Constitución local que establece que “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 socio-cultural, 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”.

El alcance de la obligación que la ley puso en cabeza del GCBA para este universo particular de destinatarios (*adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social*) solo es equivalente en su extensión, aunque con matices, a aquella prevista para las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social (conf. el art. 25, inc. 3°, de la ley 4036).

Y en lo que aquí interesa, en cumplimiento de directivas constitucionales, el Legislador bien pudo procurar una asistencia especial para estos universos de personas que, por sus características, presumiblemente sea difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo. Respecto del resto de los posibles destinatarios de “las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de

la Ciudad”, la ley solamente alude a una prioridad en el acceso a aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” (conf. los arts. 1º y 6º de la ley), universo dentro del cual el art. 3º de la ley 4042 asigna preferencia a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, mas no a una tutela con las características previstas para las personas con discapacidad y para los adultos mayores de 60 años, en situación de vulnerabilidad social.

11. Así pues, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, no puede desconocerse: *a)* que en el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora es una persona con graves problemas de salud en tanto padece enfermedad pulmonar obstructiva crónica que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (fs. 78/86 y fs. 129 vuelta) y *b)* que la parte actora es un adulto mayor de 60 años; por lo que, en atención a las normas legales reseñadas que tutelan a ese universo de sujetos, leídas a la luz de las previsiones constitucionales, no asiste razón a la demandada cuando procura resistir la obligación de asistencia que se ha reconocido en autos.

12. De todas maneras, sin que ello implique cambiar en sustancia el sentido de la decisión adoptada por las instancias de mérito, es posible advertir que la condena dispuesta en autos debe ser reformulada de acuerdo con las normas vigentes en la materia.

En la medida en que las normas vigentes obligan al GCBA asegurarle al actor “el acceso a un alojamiento” mediante entregas dinerarias o mecanismo que se encuentre en consonancia con las normas ya reseñadas, la parte demandada deberá presentar una propuesta en el plazo que indique el juez de grado para hacer frente

a esa obligación que resulte adecuada a la situación particular del amparista.

Cabe destacar que las soluciones para atender el mencionado derecho a la vivienda pueden ser diversas y dependerán del ejercicio de funciones administrativas que no han sido ejercidas, más allá de los programas de subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional.

En estos casos, los jueces deberán cuidarse de no invadir las competencias que el Poder Legislativo ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado en los supuestos particulares como el *sub examine*. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que perentoriamente se pronuncie al respecto.

Finalmente, vale destacar que la obligación de condena impuesta en autos subsistirá mientras perdure la situación de vulnerabilidad del accionante en que ella encuentra apoyo.

13. Por lo demás, coincido con mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en que no cabe soslayar que las obligaciones que aquí se adjudican al GCBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales, y que este no podría trasladarlas a las jurisdicciones locales desentendiéndose de las mismas (conf. art. 28 de la CADH).

En el caso, si bien no ha sido citado oportunamente el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad, aunque ello sea en otro proceso.

Por ello, voto por: hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los términos en que fue establecida la condena en autos y

rechazarlo en todo lo demás, revocar la condena dispuesta y, en consecuencia, ordenar al GCBA que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de “asegurar[...] el acceso a un alojamiento” a la parte actora (conf. art. 18 de la ley 4036) que reúna las condiciones adecuadas a la situación del accionante.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113 inc. 3 de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Tolozá, Estela Carmen c/ GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Tolozá”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la

elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclu-

sión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5° inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen "...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia..." comprensivo de la "vivienda adecuada", así como del derecho a una "mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional "...en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos "Giroldi" (*Fallos*, 318:514), "Aquino" (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y "Espósito" (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recepitó la doctrina del pleno de la CIDH relati-

va al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: "el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención" (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas "Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación", sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁵¹

⁵¹ "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”: “Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación

que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...).”

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de

Asimismo, el Comité opinó que “... el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*” (el destacado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y *a una mejora continua de las condiciones de existencia*”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta

las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.*

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de*

todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.*

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, el art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en*

un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1, PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁵² o “Sejean”⁵³ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

”El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en

el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justificable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

”En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable

⁵² 347 Scotus 483 (1954).

⁵³ *Fallos*, 308:2268 (1986).

situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCA-BA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del con-

tenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “To-loza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCA-BA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecua-

da. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer* lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 126/129 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de asegurar el acceso a un alojamiento a la parte actora que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación del accionante.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCVIII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN HUACA SALDAÑA, CARMEN LILIANA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.490/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso queja ante este Estrado (fs. 29/35 vuelta) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 16/17 vuelta) que confirmó la sentencia de grado. Este decisorio hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó al GCBA que, mientras persistieran las circunstancias de emergencia habitacional y alimentaria en la que se encontraba la actora, la mantuviera en el programa creado por el dec. 690/06 (modificado por los decs. 960/08 y 167/11),

otorgando una suma que cubriera dichas necesidades de acuerdo al actual estado del mercado (fs. 18/27 vuelta).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara hizo hincapié en la situación de hecho de la actora (mujer, sin contención familiar, a cargo de dos hijos menores de edad, en situación de extrema vulnerabilidad social, precariedad habitacional y exclusión del mercado laboral formal) a la luz de lo establecido en Pactos internacionales, en la Constitución Nacional y local (arts. 31 y 20).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad que se intenta sostener en esta instancia (fs. 4/15 vuelta). Allí centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso legal adjetivo, los derechos de defensa y de propiedad y los principios de legalidad y de división de poderes. En particular, en tanto la sentencia se apartaba, sin dar razones, de la normativa aplicable en materia de subsidios habitacionales como así también de la doctrina del Tribunal *in re* “Alba Quintana”, según la cual tanto los plazos como los montos establecidos eran constitucionales. Sostuvo que la sentencia efectuó una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales relacionadas con lo decidido (art. 31 CCABA/art. 14 bis C.N.), que era arbitraria y que la cuestión revestía gravedad institucional.

Expresó que ya había cumplido con la obligación establecida en los programas de ayuda social, por lo que, en consecuencia, la amparista no tenía un derecho lesionado. Manifestó, a su vez, que la Cámara había incurrido en un exceso de jurisdicción que afectaba facultades propias del Poder Ejecutivo local. Por último, atacó la forma en que fueron impuestas las costas tanto en primera como en segunda instancia.

4. La Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCABA, en tanto la invocación de las garantías y principios constitucionales había sido realizada de modo genérico, sin conectarlas razonadamente con el contenido del decisorio impugnado (fs. 2/3 vuelta).

5. Requeridos sendos dictámenes, la Sra. Asesora General Tutelar propició el rechazo del recurso directo (fs. 240/245 vuelta). Por su parte, el Sr. Fiscal General, propuso que se hiciera lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, y que se revocara la sentencia recurrida (fs. 248/257 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara en cuanto confirmó la de primera instancia que lo condenó a que mientras persistan las circunstancias de emergencia habitacional y alimentaria en la que se encuentra la actora, la mantenga en el programa creado por el dec. 690/06 (modificado por los decs. 960/08 y 167/11), otorgando una suma que cubra dichas necesidades de acuerdo al actual estado del mercado (conf. fs. 305 de las actuaciones principales).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solu-

cionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC⁵⁴, el punto 5.2 nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer sin contención familiar, a cargo de dos hijos menores de edad y excluida del mercado laboral formal. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6 de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecidos por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 305/306 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

⁵⁴ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, coincido con mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en que la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación de la amparista y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario —al confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que, mientras subsista la situación actual de la amparista, la mantenga en el programa creado por el dec. 690/06 y sus modificatorios “otorgando una suma que cubra dichas necesidades de acuerdo al actual estado del mercado”— vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. N° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i)* atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;

- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la

plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC⁵⁵) y *b*) destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. cons 12º de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. cons 12º de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estra-

⁵⁵ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado en negrita no obra en el texto original).

do (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4 inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social* y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la ley 4036 *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc.3, ley 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley 4036—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc.3, ley 4036—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁵⁶—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

⁵⁶ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad*

y *solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8°* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3° del *inc. 2°* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado *in re*: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a*) invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b*) invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c*) hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d*) no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 29/35 vuelta.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente a la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 16/17 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCIX - CISNEROS, MARCELO ADRIÁN C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. Arbitrariedad de sentencia. Deberes y facultades del juez. Sentencia. Reglas para dictar sentencia. Fundamentación de sentencias. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Situación de vulnerabilidad. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Devolución del expediente. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.170/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 275/292 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el considerando VIII de su pronunciamiento (fs. 264/271); en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores... " (fs. 269) y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones... " (fs. 269).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Ríos Miguel Ángel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° EXP 40.592/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n° 13.817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del

grupo familiar se hubiese modificado, sino que los amparistas continuaban en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad, la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravio porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11 (fs. 275/292 vuelta).

4. La Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 322/323 vuelta).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 330/341 vuelta).

6. A fs. 351 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Desde mi punto de vista, en el caso la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida al agravio constitucional por el que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró formalmente admisible el recurso en examen (interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda). Por ello, considero que los distintos planteos esgrimidos integran el ámbito de la revisión instada ante este Tribunal (conf. doctrina de *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

2. Ello sentado, considero que la recurrente ha logrado acreditar que la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario brindó un fundamento tan solo aparente al confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda con el alcance ya reseñado.

En este sentido, los jueces de la causa no demostraron haber conectado la solución a la que se arribó con la valoración de las concretas circunstancias que atraviesa la accionante. En particular, no han brindado fundamentación alguna para sustentar la extensión que le asignaron al derecho que reconocieron en cabeza de la parte actora que, en los términos expuestos por el tribunal *a quo*, no surge del art. 31 de la CCABA, de ley 4036 ni de las previsiones del dec. 690/06 y sus modificatorios.

Es que la comprensión de los distintos elementos ponderados se dificulta por el peculiar modo en que la alzada dictó sentencia en autos —esto es, mediante la confección de un listado de actuaciones en el expediente madre y el agregado de una fotocopia simple en los restantes casos, sumado a la circunstancia de que en esta causa solo obra una copia extraída del sistema informático luego de que el Secretario del Juzgado de Primera Instancia advirtiera a fs. 271 que la sentencia de Cámara no se encontraba agregada en autos.

Más allá del amplio margen de valoración que tienen los jueces de la causa respecto de las pruebas producidas en el expediente —materia que, por regla, resulta de su privativa competencia—, lo cierto es que el fallo adoptado debe poder derivarse de las consideraciones desarrolladas en la sentencia sobre los aspectos de hecho y de derecho involucrados; circunstancia que aquí no se exhibe claramente.

3. En suma, le asiste razón a la recurrente cuando invoca la insuficiencia de fundamentos del *a quo* para resolver como lo hizo, motivo por el cual el pronunciamiento resistido debe ser descalificado y, en consecuencia, corresponde a la Cámara dictar un nuevo fallo en el que se pondere fundadamente la situación de la parte actora a la luz de las normas vigentes en la materia.

Resta señalar que la forma en que se resuelve no importa adelantar opinión respecto de la solución que corresponde adoptar en el presente caso.

En virtud de la fragilidad que se observa en el pronunciamiento del *a quo*, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia objetada y reenviar las actuaciones a la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La Cámara confirmó la sentencia que había hecho lugar a la demanda de la parte actora —un hombre mayor de edad—, de que se garantizase su derecho a una vivienda digna (conf. el relato de la sentencia de primera instancia, ver fs. 174/182 vuelta, que confirmó la Cámara, conf. fs. 269), condenando al GCBA a que “...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] le[] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso” (conf. fs. 269). A ello agregó que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 269).

Fundó esa decisión en que la Ciudad no puede suspender la asistencia habitacional hasta que no se demuestre “...el cumplimiento de los objetivos de los programas...” (conf. fs. 266). También señaló que la Ciudad “...está obligada a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de lo más necesitados, lo que incluye obviamente la satisfacción de sus necesidades mínimas de vivienda (art. 31, CCABA), sin que, como queda dicho, pueda suspenderlas si no se encuentra debidamente garantizado el derecho vulnerado” (conf. fs. 268).

2. En ese marco, asiste razón al GCBA recurrente en cuanto sostiene que la Cámara le ha dado al derecho a la vivienda digna una extensión que no surge ni del art. 31 de la CCABA, en que dice haber fundado su decisión, ni en las normas dictadas en su consecuencia.

3. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC⁵⁷, punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana” y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (véase nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

4. Al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, el 26/9/2012, estaba vigente la ley 4036 (promulgada el 4/1/2012), que solo acuerda el derecho que la Cámara le reconoció a la parte actora —el derecho a un alojamiento—, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que allí se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). El *a quo* no solo no aplicó ese ordenamiento, sino que no dio razón alguna para justificar esa omisión.

5. A su turno, ninguno de los argumentos que la Cámara dio permiten sostener la decisión a la que arribó.

5.1. La Cámara sostuvo que la Ciudad no puede suspender la “...cobertura [habitacional] si no se hallaba demostrado el cumplimiento de los objetivos...” (conf. 266).

Ahora bien, primeramente, la Cámara no manda a mantener la “cobertura”, el subsidio habitacional, sino que ordena que se le brinde a la actora una “adecuada asistencia habitacional” en los términos reseñados en el punto 1 de este voto. Es decir, el *a*

⁵⁷ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

quo ordena que se cumplan con los objetivos del dec. 690/06, pero no con sus prestaciones, sino con otras que entiende más adecuadas al derecho en debate.

En segundo lugar, no indica cuáles serían los “objetivos” a los que se refiere. Si eran los previstos en el 690/06 (conf. sus arts. 3° y 7°), debió hacerse cargo de que ellos fueron modificados y derogados por los decs. 960/09 y 167/11, respetivamente; y, conforme lo tiene dicho la CSJN, desde tiempo inveterado, ninguna persona tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen general (conf. *Fallos*, 325:2600 y sus citas). De ahí que la sentencia debió ceñirse a lo que la normativa preveía al tiempo de su dictado; regla que fue recordada en el pronunciamiento de este Tribunal en la causa “GCBA *s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘B., M. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’*”, expte. n° 4757/06, sentencia del 25/4/2007, que citó el *a quo* en apoyo a su decisión.

5.2. Por lo demás, el *a quo* también sostuvo que correspondía hacer lugar a la demanda en los términos propuestos porque el GCBA “...no ha probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella” (conf. fs. 268).

Esa tesis importa la adopción de políticas públicas por parte de los jueces y no el cumplimiento del ordenamiento jurídico existente.

Lo que este Tribunal tiene dicho es que los jueces pueden reponer las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador —conf. este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo *c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido*”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010, recordada recientemente en el voto de los jueces Conde y Lozano *in re* “X. F. E., T., *c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido*”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—. Así, los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes 4036 y 4042, reglamentarias del art. 31 de la CCABA, ponen en situación de prioridad frente a las restantes, cuando los recursos no son destinados a subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida a la persona en situación de prioridad que reclama su mantenimiento; situaciones que los jueces pueden presumir mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecido por el dec. 690/06 (y sus modificatorios).

La Cámara no aplicó estas reglas. Partió de sostener que el art. 31 de la CCABA le acuerda a la actora el derecho a un alojamiento; derecho que, con arreglo a lo dicho en el punto 3 de este voto y en los precedentes a los que allí se remite, no cabe extraer, con esa extensión, ni de la CCABA ni de la Nacional.

6. Dicho lo que antecede, resta establecer si el actor —un adulto soltero en situación de calle— está en situación de prioridad para acceder a las políticas sociales que brinda el GCBA; para lo cual hay que analizar si está en la situación de “vulnerabilidad” a que se refiere el art. 6° de la ley 4036, y cumple con los demás requisitos allí previstos (conf. la doctrina sentada en nuestro voto conjunto y en el voto del juez Casás *in re* “X. F. E., T.”). Como la determinación de esas cuestiones depende de la valoración de cuestiones de hecho y prueba que los jueces omitieron tratar, corresponde devolver las actuaciones a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto.

Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General, votamos por revocar la sentencia de Cámara; y, devolver las actuaciones a la Sala I para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida

desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. *Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:*

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁵⁸

⁵⁸ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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" (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que "[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"— lo que sigue: "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una

de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1º del art. 2º en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.*

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.*

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolosa” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado

debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁵⁹ o “Sejean”⁶⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

⁵⁹ 347 Scotus 483 (1954).

⁶⁰ *Fallos*, 308:2268 (1986).

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de

derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* la sentencia de fs. 264/271 y *devolver* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCX - GÓMEZ, MARCOS RODOLFO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GÓMEZ, MARCOS RODOLFO C/GCBA Y OTROS S/OTRO PROCESOS INCIDENTALES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva: improcedencia. Medidas cautelares. Derecho a la vivienda digna.

Expte. SACAyT n° 10.088/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Marcos Rodolfo Gómez promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyó al demandado. Como medida cautelar,

solicitó su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 1/22 del incidente, al que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

La jueza subrogante de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida, "...ordenando al Ministerio de Desarrollo Social dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que (...) se otorgue una solución de alojamiento al aquí amparista en un ámbito adecuado o bien los fondos suficientes para acceder al mismo, mediante su incorporación a alguno de los programas de emergencia habitacional vigentes, efectuando un seguimiento trimestral del actor a fin de orientarlo en la búsqueda de una solución a su problemática habitacional, hasta tanto exista sentencia definitiva en estos autos" (fs. 41/43 vuelta).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 50/56). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso y revocó la medida precautoria (fs. 77/79 vuelta). Para así decidir, los jueces sostuvieron que el actor no había acreditado "...una situación de vulnerabilidad social que imponga (...) confirmar la cautelar dictada en la instancia de grado" (fs. 78).

3. Contra el fallo de la Cámara, el amparista interpuso recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio lugar a la queja de autos (fs. 1/14 vuelta, de la queja).

4. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició el rechazo del recurso directo de la parte actora (fs. 29/31 vuelta, de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque el actor no rebate suficientemente la razón por la cual lo Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de sentencia definitiva. [conf. la doctrina de mi voto in re "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio Cesar c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'" , expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008].

2. Por lo demás, aun cuando cupiera equiparar a definitiva la resolución impugnada porque el perjuicio que alega —que le ocasionaría—"encontrar[se] nuevamente en inminente situación de calle o en un alojamiento inadecuado, con la consiguiente afectación permanente de [sus] derechos" (fs. 87)—, por sus características, requiere una tutela inmediata; el planteo que formula la recurrente contra la sentencia objetada, que entendió que la parte actora (un varón de 44 años al momento de iniciar el amparo, "...que manifestó haber trabajado en una fraccionaria de azúcar y haberse desempeñado como vendedor ambulante...", "...que efectuaba 'changas' de seguridad en un supermercado chino...", "...su estado de salud es bueno...", véase fs. 77 vuelta) no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el a quo en el sentido de que "...no se encuentran reunidos entonces los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una vulnerabilidad social..." (fs. 77 vuelta).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la presente queja interpuesta por la actora.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por la actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios, tal como han sido planteados, no logran rebatir —de forma concreta y fundada— las razones dadas por la Cámara al decidir el rechazo del recurso.

La Sala considera que el pronunciamiento impugnado —que admitió el recurso de apelación del GCBA y dejó sin efecto la tutela cautelar concedida en primera instancia— no cumple con el requisito de sentencia definitiva establecido por el art. 27 de la ley 402, como tampoco la recurrente acredita la existencia de un gravamen que por su magnitud e irreparabilidad resulte asimilable a tal (fs. 138/139 expte. 45953/1).

La ausencia de una crítica suficiente sobre este razonamiento hace que la queja carezca de la fundamentación exigible a ese tipo de recurso.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la actora a fs. 1/14 vuelta. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma, no obstante, no podrá prosperar, toda vez que los agravios expresados por el actor no logran rebatir adecuadamente los motivos que tuvo en cuenta la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del argumento central de la resolución de la Cámara que deniega el recurso, que es, en el caso a estudio, que la sentencia impugnada carece de la condición de ser definitiva o equiparable a tal. Esta sola circunstancia resulta suficiente para determinar que la queja interpuesta debe ser rechazada.

3. En este sentido, no está de más recordar que este Tribunal ha establecido como doctrina que "... Es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza..." (*in re*: "Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279, y de este Tribunal *in re*: "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación'", expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001; entre muchos otros). Ello es así, aún en los casos en que la cautelar haya sido dispuesta durante el trámite de una acción de amparo, como sucede en esta causa [al respecto, ver la interpretación del TSJ del art. 22 de la ley 2145 en "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'" expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008.

Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión como la objetada en autos, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso. A este efecto, no bastan las invocaciones genéricas a derechos o principios constitucionales como las que sustentan el recurso de queja.

4. El recurrente afirma en la queja su imposibilidad de "...costear íntegramente y por sus propios medios el pago de un alquiler que le permita acceder a una vivienda digna, superando de una forma real y concreta, su estado de vulnerabilidad" (fs. 7 vuelta). A partir de ello, sostiene que la decisión de la Cámara "...provoca una afectación a [su] derecho a la vivienda digna sin fundamento alguno afectando —de modo manifiesto— [sus] derechos humanos constitucionales necesariamente relacionados con aquel, constituyendo una sentencia arbitraria que no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido de acuerdo con los cánones establecidos por nuestro Máximo Tribunal Federal de Justicia" (fs. 13 vuelta).

No obstante estas afirmaciones, el interesado no ha logrado demostrar que la decisión objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí sostiene, reúna la condición de definitiva con relación a una cuestión constitucional como lo exige el art. 27, ley 402.

Tampoco logra el impugnante acreditar el carácter irreparable de los agravios que invoca, ni rebatir el fundamento dado por la Cámara para sustentar su decisión, esto es, que el recurrente "...es una persona adulta, sin problemas de salud, y que podría insertarse en el mercado laboral..." (fs. 77 vuelta de los autos principales), por lo que no es posible sostener que el actor se encuentra en estado de vulnerabilidad social.

En consecuencia, y sin que ello implique pronunciarme acerca de la pertinencia de la medida cautelar dispuesta por la mayoría de la Sala II, sino tan solo por la procedencia del recurso de hecho intentado por el actor, considero que la queja debe ser rechazada.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que la presente queja debe ser rechazada, por los motivos que expondré a continuación.

2. Si bien ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar* en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145 resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad [v. mi voto en minoría *in re*: "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'" , expte. n° 5872/08, resolución del 27/8/2008], el recurso de hecho no puede tener favorable acogida en tanto la parte actora no ha logrado delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

3. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento.

En este sentido, el actor no ha logrado evidenciar que los jueces de la causa hayan fallado por fuera de lo pretendido por el GCBA, en la medida que la demandada oportunamente resistió la condena impuesta, ni ha demostrado que los magistrados intervinientes hayan introducido cuestiones ajenas a la *litis* para arribar al decisorio que la agravia.

En suma, desde mi perspectiva, en este punto no se ha demostrado que, en virtud de la pretensión recursiva incoada por la demandada, la alzada haya extralimitado su jurisdicción apelada al examinar la situación del actor a la luz de las normas vigentes

en la materia y arribar así a una solución distinta a la propiciada por la primera instancia respecto de la medida cautelar solicitada.

4. Por otro lado, los genéricos argumentos esgrimidos por la accionante con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no se hacen cargo de explicar fundadamente los motivos por los cuales resultaría palmariamente insostenible la decisión resistida que, en este estado larval del proceso, y a la luz de las constancias arriadas a la causa, afirmó que no se encontraban reunidos los extremos necesarios para sostener que el accionante se encontrara en una situación de vulnerabilidad social en los términos de la ley 4036; lo que impedía entender configurados los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Antes bien, la recurrente propone que este Estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente vinculadas a la situación del actor, a partir de su discrepancia con los fundamentos que dejaron sin efecto la medida precautoria requerida.

En consecuencia, más allá del acierto o error de lo decidido, no se ha logrado demostrar que el pronunciamiento resistido constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues solo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re*: “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre otros].

5. Por su parte, si bien el recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que no ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el particular supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

6. Por lo demás, me permito añadir que, en caso de variar sustancialmente la situación fáctica de la parte actora, nada obsta a que recurra ante los jueces de la causa para acreditar tales extremos y requerir el dictado de una nueva medida provisional pues lo decidido en autos, por tener esa naturaleza, no causa estado.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por la parte actora.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar su acceso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que el amparista no había impugnado una sentencia definitiva.

Agregaron que, aunque el recurso de inconstitucionalidad también puede dirigirse contra una sentencia equiparable a definitiva, "...corresponde a quien recurre una decisión que no es 'definitiva' la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal..." (fs. 138 vuelta del incidente n° 45953/1, al que corresponderá la foliatura que mencione a continuación, siempre que no indique lo contrario).

Por fin, concluyeron que "...de los fundamentos expuestos por la parte actora (...), no surge acreditado que la sentencia de esta sala le produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva" (fs. 139).

Los jueces expusieron que la invocación de arbitrariedad no resultaba suficiente para soslayar el requisito de sentencia definitiva.

3. En su queja, el Sr. Gómez explica que la decisión de la Cámara que revocó la medida cautelar dispuesta a su favor le provoca un gravamen irreparable, pues lo coloca "...en manifiesta situación de calle" (fs. 1 vuelta de la queja). Precisa que, con sus magros ingresos, no le es posible costear una vivienda. Y es tajante cuando afirma —y esto conviene transcribirlo— que: "En este caso concreto, no se tuvo presente —al momento de rechazar de manera meramente dogmática el recurso de inconstitucionalidad interpuesto— mi patente situación de vulnerabilidad (...). Téngase presente que la imposibilidad cierta de acceder a un empleo por el que obtenga un sueldo digno que me permita costear, por mis propios medios, el pago íntegro de un alquiler para acceder a una vivienda digna, se traduce en que si no recibo la asistencia económica habitacional por parte del GCBA retorno directamente a la situación de calle que motivó el inicio de la presente acción de amparo" (fs. 9 de la queja).

Las manifestaciones reseñadas satisfacen la carga de fundamentación prevista en el párr. 2° del art. 33 de la LPTSJ.

4. Quiero añadir que es difícil imaginar una consecuencia más gravosa e irremediable que vivir en la calle. Se trata de un sufrimiento cuya reparación posterior es francamente imposible. Sorprenden, por ello, los términos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, con ligereza, tuvo por no acreditado este aspecto.

Para los magistrados de la Sala II, cuando el amparista sostiene que su decisión de fondo tiene como consecuencia devolverla a la situación de calle, no logra explicar cuáles son los perjuicios que aquella le irroga.

Como tengo dicho⁶¹, los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice "fallo", su discurso "constituye" cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

⁶¹ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

5. Por las razones expuestas, y en atención a que el derecho invocado por el actor requiere tutela inmediata, corresponde admitir la queja en análisis y tratar los agravios vertidos en su recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad:

6. El Sr. Marcos Rodolfo Gómez promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) con la que requirió, como medida precautoria, su incorporación en uno de los programas habitacionales creados por la parte demandada, “los que deberán proveer ‘una prestación que comporte un auxilio cierto, concreto y suficiente para el acceso a un alojamiento que reúna condiciones dignas de habitabilidad’” (fs. 2).

7. A fs. 41/43 vuelta, la jueza de primera instancia tuvo por acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y concedió la tutela cautelar requerida, en los términos transcritos en los “resulta” de esta fallo.

En relación con la verosimilitud del derecho, explicó que “[s]e agregan informes sociales elaborados por el BAP Zonal y por el Centro de Integración Monteagudo, en los cuales se establece como diagnóstico que el actor ‘atravesaba una situación de vulnerabilidad social por emergencia habitacional’”, y que “del informe efectuado por el Coordinador del Programa ‘Atención para Familias en Situación de Calle’, se desprende que el aquí actor ha sido beneficiario de ese programa...”. De ello concluyó que “...en el acotado marco de conocimiento que el dictado de la presente medida exige, se advierte que con los elementos de juicio reunidos hasta el momento en autos se encuentra configurado este primer requisito de procedencia del remedio procesal intentado” (fs. 42 vuelta).

En cuanto al peligro en la demora, afirmó que “este requisito surge palmariamente del relato efectuado dado el estado de indefensión del actor entre la situación de calle que atraviesa, el estado de gravedad del actor y la necesidad de propender a la solución de su emergencia habitacional. Ello teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos que deben protegerse” (fs. 43).

8. En el recurso de apelación de fs. 50/56, el demandado no incluyó una sola línea destinada a poner en crisis las razones que el magistrado de primera instancia considerara para hacer lugar a la medida cautelar.

Allí, en cambio, se agravio de que la prestación objeto de la condena cautelar se apartaba de lo previsto en el dec. 690/06, y que por ello resultaba de cumplimiento imposible.

Sostuvo, a su vez, que no concurría el requisito de verosimilitud del derecho porque “no existe acto administrativo, hechos u omisiones que puedan imputarse a las autoridades del GCBA, por lo cual no puede concurrir el requisito de verosimilitud del derecho, entendida como verosimilitud de la ilegitimidad del acto u obrar impugnado, ello en razón que no puede haber apariencia de aquello que es inexistente”. Explicó que, por las mismas razones, no podía tenerse por acreditado el peligro en la demora (fs. 58 vuelta).

Dedicó el resto de su presentación a denunciar una “invasión por parte del Poder Judicial de la zona de reserva y de las prerrogativas constitucionales de la Administración” (fs. 54).

9. La mayoría de la Cámara del fuero no trató ninguno de los agravios reseñados en el punto anterior. En cambio, se limitó a efectuar una reseña de los antecedentes laborales y de salud que el actor refiriera en su demanda, para concluir que “teniendo en cuenta que el Sr. Gómez es una persona adulta, sin problemas de salud, y que po-

dría insertarse en el mercado laboral formal, no se encuentran reunidos los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una situación de vulnerabilidad social que imponga a esta sala confirmar la cautelar dictada en la instancia de grado” (fs. 77 vuelta y 78).

10. En este escenario, no cabe más que concluir que asiste razón a la parte actora cuando sostiene —en su recurso de inconstitucionalidad— que el fallo de la Sala II es violatorio del principio de congruencia (fs. 91 vuelta), lo que constituye una afectación del debido proceso legal. El Sr. Gómez, además, explica adecuadamente que los vocales decidieron una cuestión no propuesta y consentida por la contraparte, y cita jurisprudencia para fundar la raigambre constitucional del principio dispositivo (fs. 93, entre otras).

11. Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el Sr. Marcos Rodolfo Gómez, revocar la sentencia impugnada, y dejar subsistente la de primera instancia que concedió la tutela cautelar. Así lo voto.

Por ello, y concordantemente lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Marcos Rodolfo Gómez.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN AYALA, SONIA MABEL Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Derecho a la vivienda digna. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

.....

Expte. SACAyT n° 9982/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Sonia Mabel Ayala, por derecho propio, promovió acción de amparo (fs. 24/69) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le permita acceder a “...una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose la integridad familiar...” (fs. 24). Tras relatar situaciones de su historia personal expuso que se “...encuentra desempleada, sin nadie que [la] asista y en situación de calle con dos hijos menores a [su] cargo, de los cuales uno se encuentra internada (*sic*) con un pronóstico comprometido, conforme informe médico expedido el 16/12/2008...” (fs. 25 vuelta).

La jueza de primera instancia —en lo que aquí interesa— hizo lugar a la acción entablada (fs. 5/10), declaró la inconstitucionalidad de los plazos de vigencia y montos de los programas de asistencia habitacional y ordenó al GCBA que “...brinde al grupo familiar actor la asistencia prevista en el dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08, tendientes a asegurar su alojamiento hasta tanto supere su situación de emergencia habitacional” (fs.10).

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apeló y expresó sus agravios (fs. 80/93), los que fueron oportunamente contestados por la actora (fs. 97/109) y por la Asesoría Tutelar (fs.128/129).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario rechazó el recurso incoado por el GCBA y, en consecuencia, confirmó la decisión de grado (fs. 111/113).

Los magistrados sustentaron normativamente su decisión en los arts. 14 bis, 75 inc. 19 de la C.N.; 17, 18 y 31 de la Constitución local, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Asimismo, ponderaron lo dispuesto en los arts. 2º, 6º, 7º y 8 de la ley 4036. Por fin, en atención a los informes sociales elaborados por la Defensoría General y la demandada, concluyeron que “(...) se encuentra acreditad[a] de manera adecuada la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentra la actora...” (fs. 112 vuelta).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 130/146).

El Gobierno expresó que la sentencia de la Cámara resultaba arbitraria “(...) dado que la Administración se ve perjudicada, [ya] que al no atender al plazo de finalización de la operatoria vigente, esta se encuentra imposibilitada de realizar las previsiones presupuesta[ria]s para el tema habitacional de acuerdo a la norma vigente, convirtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y en contra de todo orden institucional, en perjuicio de los derechos de los demás habitantes de la ciudad” (fs. 132 vuelta). Afirmó, también, que el fallo lesionó los derechos de defensa y de propiedad, la garantía del debido proceso, y los principios de legalidad y de división de poderes. Por último, adujo que la inconstitucionalidad decretada era improcedente.

La Sala II —previo traslado que fue contestado por la amparista a fs. 147/171 y por la Asesoría Tutelar a fs. 114/127 vuelta— declaró inadmisibile el recurso del GCBA (fs.173/174).

Los magistrados señalaron que la sentencia se circunscribió a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/06—y que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional. Por lo demás, descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

4. Contra la denegatoria, el GCBA planteó la queja de fs. 12/17 vuelta.

5. Al requerirse su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar solicitó el rechazo de la queja intentada y, en su caso, que se deniegue el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA (fs. 178/206 vuelta). Por su parte, el Sr. Fiscal General también propició que se rechace el recurso directo de la Procuración por no contener una crítica concreta y pormenorizada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 208/210 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara en cuanto entendió, al confirmar la sentencia de primera instancia, que la asistencia habitacional instrumentada por el dec. 690/06, y sus modificatorios, resultaba inconstitucional por no consistir en un monto que le permitiera a la parte actora pagar íntegramente el alquiler del inmueble que habitaba.

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC,⁶² el punto 5.2 del voto que suscribimos conjuntamente *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. el voto que suscribimos conjuntamente *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer, que tiene un hijo menor de edad y que se encuentra en situación de precariedad económica y habitacional. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve,

⁶² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 398/400; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación de la amparista y su grupo familiar y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de grado que hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios y, en consecuencia, vino a condenar al GCBA a abonar íntegramente el costo de la vivienda de la parte actora.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos

Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuvo oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC⁶³) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. cons 12º de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C.,S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

⁶³ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado en negrita no obra en el texto original).

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2°) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[I]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4°, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social* y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir

o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706.

En estos supuestos, la ley 4036 *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, ley 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley 4036—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, ley 4036—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁶⁴—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, median-

⁶⁴ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

te el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privarizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*,

párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que no contiene una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los jueces resaltaron:

- i)* que (fs. 173 vuelta) “(...) de los términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho, de su prueba y de las normas que las rigen (como la ley 4036 y el dec. 690/06 y modificatoria), todas ellas de carácter infraconstitucional; y
- ii)* que (fs. 173 vuelta) “(...) la demandada (...) no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincularlo con las circunstancias de la causa.

Por fin, como se reseña en los “resulta”, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II, y aunque reseña los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja de fs. 12/17 vuelta. Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 12/17 vuelta. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 111/113 y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GAMARRA, MIRTA ISABEL Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.096/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mirta Isabel Gamarra y Sergio Dante Aguirre promueven acción de amparo (fs. 2/41) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se les brinde "...una solución que [les] permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose la integridad familiar habitacional" (fs. 2). Tras relatar su historia personal, expusieron que "...están desamparados en la calle junto a [sus] hijos y es por ese motivo que solicita[ron] ayuda urgente" (fs. 3 vuelta).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hace lugar a la pretensión y ordena al GCBA que "...le otorgue a los amparistas y a sus hijos menores de edad (...) la cobertura de una vivienda que contemple sus necesidades habitacionales, a través del medio que estime más conveniente y, en caso de ser un subsidio, este se encuentre en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades (...)" (fs. 51 vuelta), y mantenga la prestación mientras subsistan las causas que dieron origen al otorgamiento de la cobertura.

2. Ambas partes interponen recurso de apelación (conforme surge de la sentencia de fs. 64/66).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario —en cuanto a lo que a esta queja interesa— rechaza el recurso deducido por la demandada confirmando la resolución adoptada en primera instancia (fs. 64/66).

Los magistrados sustentan normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Ponderan lo dispuesto por los arts. 2º, 6º y 7º de la ley 4036 y consideran que "...surge que los actores no se encuentran insertos en el mercado formal de trabajo y que no cuentan con recursos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento" (fs. 65 vuelta) en atención al informe social elaborado por la parte demandada.

3. Contra dicha resolución el GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad (fs. 67/76).

El GCBA en su recurso expresa que la sentencia de la Cámara se presenta “... a todas luces arbitraria teniendo en cuenta que el fallo resulta dogmático dado que la Administración se ve perjudicada, pues al no fijarse plazo en el monto del subsidio, la Ciudad se encuentra imposibilitada de realizar las provisiones presupuestas (*sic*) para el tema habitacional de acuerdo a la norma vigente, convirtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y en contra de todo orden institucional, en perjuicio de los derechos de los demás habitantes de la ciudad” (fs. 68 vuelta). Sostiene también que el fallo lesionó su derecho de defensa y de propiedad, el principio de legalidad y la división de poderes.

La Sala II —previo traslado que fue contestado por la actora a fs. 108/125— declara inadmisibile el recurso del GCBA (fs. 78/79).

Señala que la sentencia se circunscribe a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/06—. Afirmo que el recurso solo refleja discrepancias respecto de la manera en que se había valorado la prueba y la realidad judicial verificada; y que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional. Sostiene además que la sentencia atacada estaba debidamente fundada y se ajustaba a derecho.

4. El GCBA interpone recurso de queja contra la denegatoria con el objeto de sostener su recurso de inconstitucionalidad (fs. 80/86 vuelta).

El recurrente destaca que “...en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBa en causas análogas...” —con cita de las causas “Mantovano” Expte. 3098/04, “Pons” Expte. 3236/0 y “Panza” Expte. 4270/05 (fs. 84/84 vuelta)—. Afirmo puntualmente que su parte en modo alguno había omitido prestar asistencia habitacional de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, y que el amparo no resultaba ser la vía para cuestionar la forma en que las autoridades de aplicación ejecutaban los programas bajo análisis.

Destaca también que la Cámara de Apelaciones había dictado una sentencia que prescinde de la norma constitucional aplicable (art. 14 de la CCABA) en tanto omite ponderar que la prestación había sido cumplida en su totalidad, tornando la cuestión planteada en abstracta por ausencia de un acto lesivo.

Insiste en que se condena al GCBA afectando su garantía del debido proceso y del derecho de defensa en juicio. Tacha de arbitrario el pronunciamiento atacado y reitera lo expuesto en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto a que el caso, tal como ha sido resuelto, revela la existencia de gravedad institucional.

5. Al requerirse su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar solicita el rechazo de la queja impetrada por la demandada y, en su caso, que se deniegue el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA (fs. 140/158 vuelta). Por su parte, el Sr. Fiscal General también propicia que se rechace el recurso de queja articulado por el GCBA “...porque no contiene una crítica concreta y pormenorizada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad” (fs. 160/162 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La Cámara confirmó la resolución de primera instancia que había condenado al GCBA a que “...le otorgue a los amparistas y a sus hijos menores de edad (...) la cobertura de una vivienda que contemple sus necesidades habitacionales, a través del

medio que estime más conveniente y, en caso de ser un subsidio, este se encuentre en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades y le brinde el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional. Dicha prestación deberá mantenerse en la medida en que se mantengan las causas que dieron origen al otorgamiento de la cobertura habitacional o subsidio...” (conf. fs. 285 de las actuaciones principales).

Los jueces fundaron esa decisión en la ley 4036. En particular, dijeron que la parte actora —una mujer y un hombre, que tienen tres hijos menores de edad a su cargo y en cuya representación vienen obrando, y carecen de un empleo formal— se encuentran en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6° de la mencionada ley (conf. fs. 283/285).

2. En este marco, asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que la Cámara les ha otorgado a los actores un derecho que, a la luz de la ley 4036, no les corresponde.

3. La ley 4036, sobre cuya base dijo la Cámara resolver, acuerda el derecho que el *a quo* le reconoció a la parte actora, esto es, a un alojamiento, solo a personas con discapacidad (conf. la definición de discapacidad que da el art. 23, inc. 3° de la ley 4036), o mayores de 60 años en las condiciones allí previstas —conf. el art. 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—; norma que, por demás, no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*. Los grupos familiares con menores de edad a su cargo que se encuentran en situación de vulnerabilidad tienen, en cambio, acceso prioritario a los planes sociales (conf. nuestro voto *in re* “X. F. E., T., ya citado).

4. Resuelto ello, resta establecer si la parte actora tiene derecho a acceder a los demás beneficios previstos en la ley 4036, respecto de los cuales, la ley 1042 otorga prioridad a los grupos familiares, en situación de vulnerabilidad. Conforme tenemos dicho *in re* X. F. E., T., para ello la ley exige dos requisitos: *i*) encontrarse en situación de vulnerabilidad, y *ii*) ser ciudadano o extranjero en condiciones de ser empadronado en la Ciudad.

En el *sub lite* no se encuentra debatido que la parte actora es una pareja que vive con sus tres hijos menores de edad en una habitación en malas condiciones de habitabilidad, que no se encuentra inserta en el mercado formal de trabajo y que no cuenta con ingresos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento, circunstancias que permitieron al *a quo* tener por probada la situación de vulnerabilidad (conf. fs. 284 vuelta) y que el GCBA no rebate. Finalmente, tampoco se encuentra debatido el vínculo con la Ciudad.

5. En virtud de lo expuesto, y toda vez que no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito, conf. la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 283/285; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derechos sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar actor y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacuerdo de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontrarían, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario al confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que, mientras subsista la situación actual de la amparista, “le otorgue a los amparistas y a sus hijos menores de edad (...) la cobertura de una vivienda que contemple sus necesidades habitacionales, a través del medio que estime más conveniente y, en caso de ser un subsidio, este se encuentre en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades y le brinde el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional”, vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos

Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC⁶⁵) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C.,S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

⁶⁵ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[I]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir

o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706.

En estos supuestos, la ley 4036 *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, ley 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley 4036—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, ley 4036—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁶⁶—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, median-

⁶⁶ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

te el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privarizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “Social”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc.* 2º,

párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos, tal como han sido planteados, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que, sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco se ataca en su anclaje constitucional, *d)* no explicita ni funda adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta puramente genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento

atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 80/86 vuelta.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 80/86 vuelta fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar, porque no contiene una crítica suficiente de la resolución interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar el acceso del quejoso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que: *i*) las cuestiones debatidas en la sentencia de fondo habían quedado “circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y las normas que las rigen (...) todas ellas de carácter infraconstitucional” (fs. 78 vuelta), *ii*) las garantías y principios constitucionales invocados por el recurrente no guardaban “relación directa e inmedia-ta con lo decidido” (fs. 78 vuelta), *iii*) “el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 78 vuelta). En relación con la arbitrariedad que el GCBA atribuyó a la decisión que impugna, los magistrados de la Sala II recordaron la jurisprudencia del Tribunal, según la cual “más allá del acierto o error de una decisión judicial, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho infraconstitucional no significa que la sentencia devenga infundada” (fs. 79).

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile su recurso de inconstitucionalidad. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II. Las aisladas referencias a principios constitucionales que el quejoso efectúa, por su parte, carecen de toda articulación con el auto denegatorio.

Como lo expliqué en numerosos precedentes, “es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad” (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expediente n° 865, resolución del 9/4/2001). El incumplimiento de este requisito, sella la suerte adversa de la presentación.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja intentada por el GCBA.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 64/66 y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria

del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXIII - GIMÉNEZ VALDEZ, GUMERCINDA Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GIMÉNEZ VALDEZ, GUMERCINDA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Situación de vulnerabilidad. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional.

Expte. SACAyT n° 9934/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad y la Defensora General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en carácter de gestores de Gumercinda Giménez Valdez y Eduardo Gabriel Giménez en los términos del art. 42 del CCAyT, interpusieron queja ante este Estrado (fs. 1/16 vuelta) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad que dedujera la parte actora contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que —por mayoría— hizo lugar al recurso de apelación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo incoada (fs. 219/222, de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara destacó que el proceder del GCBA, consistente en no renovar las prestaciones de los subsidios vigentes, no resultaba manifiestamente arbitrario o ilegítimo a la luz de las constancias de la causa que daban cuenta de la situación de hecho de los accionantes (mujer —de 49 años al momento de iniciar la demanda— que vive con su hijo mayor, respecto del cual no se habría acreditado en autos, ni existen elementos mínimos de convicción para considerar incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas).

3. Contra dicha resolución, la parte actora articuló el recurso de inconstitucionalidad (fs. 235/253) que se intenta sostener en esta instancia. Allí alegó que el decisorio impugnado violaba su derecho de defensa en juicio, la garantía del debido proceso legal y los principios de legalidad y de congruencia. En particular, sostuvo que la sentencia resultaba arbitraria por haber revocado la de grado a partir de presunciones y conjeturas sobre su situación de vulnerabilidad y sobre la base de defensas que, a su criterio,

no habían sido oportunamente esgrimidas por la demandada. Además, sostuvo que el pronunciamiento desconocía y cercenaba su derecho a la vivienda, conforme los estándares del derecho internacional.

4. La Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCABA. En este sentido, destacó que el decisorio se había apoyado en la interpretación de normas infraconstitucionales, como la ley 4036, realizada a la luz de los aspectos de hecho y prueba involucrados en el caso (fs. 263/264).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General opinó que correspondía rechazar la queja intentada por la defensa de la parte actora toda vez que, a su criterio, la interesada no había logrado poner en crisis la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/35 vuelta de la queja).

6. Dentro del plazo de ley, la parte actora ratificó la actuación realizada por el Defensor General de la Ciudad y la Defensora General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario en su nombre (fs. 19 de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, pues los recurrentes no han logrado acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCABA.

2. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues los interesados no han logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento.

En este sentido, la parte actora no ha logrado evidenciar que los jueces de la causa hayan fallado por fuera de lo pretendido por el GCBA, en la medida que la demandada oportunamente resistió la condena impuesta, ni ha demostrado que los magistrados intervinientes hayan introducido cuestiones ajenas a la *litis* para arribar al decisorio que la agravia.

En suma, en este punto no se ha demostrado que, en virtud de la pretensión recursiva incoada por la demandada, la alzada haya extralimitado su jurisdicción apelada al examinar la situación del actor a la luz de las normas vigentes en la materia y arribar así a una solución distinta a la propiciada por la primera instancia; máxime cuando en los procesos de amparos —y específicamente en aquellos en los que debaten obligaciones vinculadas a derechos sociales— debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia (doctrina de *Fallos*, 300:844; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros).

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6º de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron “la

ausencia de mayores elementos que permitan acreditar el estado de vulnerabilidad del grupo familiar” (conf. fs. 220, autos principales).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación de los accionantes, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (v. gr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaran los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro

del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales⁶⁷ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros).

En suma, las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo respetar, en las circunstancias actuales, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho de los accionantes, nada obstará a que recurran a la Administración en busca de la tutela que entiendan les asista conforme al régimen jurídico vigente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades

⁶⁷ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Corresponde rechazar la queja deducida a fs. 1/16, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el a quo haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y el voto del juez Lozano *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no había suscitado agravio del GCBA, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el *a quo* excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia (v. gr., que “...la actora es una mujer sola [...] de 49 años de edad al momento de iniciar demanda[...] que vive junto con su hijo mayor en una habitación alquilada en el barrio de Constitución de esta [C]iudad.// [que l]a actora manifiesta encontrarse desempleada y realizar únicamente ‘changas’ que le reportan un ingreso de alrededor de cuatrocientos pesos (\$400) mensuales.// Informa ser beneficiaria del programa Ticket Social por medio del cual recibe cien pesos (\$100) por mes [...]// Asimismo, su hijo estudia y practica fútbol ‘...de modo cuasi profesional en el Club Armenio de la localidad de maschwitz...’ y obtuvo una beca estudiantil por parte del Gobierno Nacional [...; agraga que] en relación con el Sr. Eduardo Gabriel Giménez, no ha sido acreditada en autos ni existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que es mayor de edad (véase fs. 25) y no hay noticias de que se encuentre aquejado por ningún padecimiento...”, véase fs. 220 de los autos principales)— colocaban o no a la actora dentro de la clase “personas en situación de vulnerabilidad social” según la define el art. 6° de la ley 4036; ni por qué la pretensión recursiva del GCBA de que se revocara la sentencia de primera instancia y se rechazara el amparo no imponía establecer si la situación de la parte actora generaba la obligación cuya titularidad el GCBA negaba.

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (fs. 250 de los autos principales) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido

de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y que “...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona” (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que, en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. nuestro voto conjunto *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘K.M.P. c/GCBA s/amparo” (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no viene controvertida.

4. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que la recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó *a quo* en el sentido de que “...la ausencia de mayores elementos que permitan acreditar el estado de vulnerabilidad del grupo familiar, imponen revocar la sentencia apelada...” (fs. 220 de los autos principales).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

2. La recurrente se agravia al considerar que el pronunciamiento dictado por la alzada afecta el principio de congruencia. Entiende que la Cámara se expide sobre su situación de vulnerabilidad sin que este punto fuera controvertido por la demandada al apelar.

Se debe advertir en este sentido que el GCBA, en su escrito de apelación, rechaza la existencia de un derecho subjetivo —tanto de la amparista como de cualquier persona— para exigir en forma inmediata y directa la plena satisfacción de sus necesidades habitacionales por parte de la Ciudad. Considera en cambio que “el derecho al subsidio de vivienda es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino solo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable. Dentro de este esquema (...) los potenciales beneficiarios que pretenden aprovechar el subsidio o programa especial de vivienda social, deben cumplir los requisitos y condiciones impuestos por la norma. Ese cumplimiento debe ser acreditado fehacientemente para que exista un deber a cargo del GCBA cuyo cumplimiento sea exigible en sede judicial” (conf. fs. 143 vuelta expte. n° 34182/0).

Estas afirmaciones necesariamente habilitan a la interpretación normativa respecto de la situación de vulnerabilidad social en la que pudiera encontrarse la actora —conf. art. 6° ley 4036— para resolver. De este modo, la apelante no logra demostrar acabadamente en su presentación que los Sres. jueces de Cámara hubieran fallado por fuera de lo pretendido, motivo por el cual el planteo referido a la congruencia debe ser desestimado.

3. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que “...las cuestiones que fueron objeto de

tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y las normas que las rigen (como la ley 4036 y el dec. 690/06 y modificatorios), todas ellas de carácter infraconstitucional. (...) las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados [por la actora] no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada” (fs. 263 vuelta expte. n° 34182/0).

De conformidad con lo expuesto, los planteos formulados por la apelante en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada, que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido a el contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Girolodi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de

prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recepitó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁶⁸

⁶⁸ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...).

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad

necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, "los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos "Brown v. Board of Education"⁶⁹ o "Sejean"⁷⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁶⁹ 347 Scotus 483 (1954).

⁷⁰ Fallos, 308:2268 (1986).

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

6. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que hace lugar a la apelación del GCBA y rechaza la de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula ele-

gida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable, ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho⁷¹, los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual los Sres. Gumercinda y Eduardo Giménez Valdez no reunirían suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer de 51 años y su hijo de 19, ambos nacidos en Paraguay, que carecen de toda contención familiar o social y se sostienen con los exiguos ingresos que obtienen en la economía informal. Al señalar que “en relación con el Sr. Eduardo Gabriel Gimenez, no ha sido acreditada en autos [ni existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar] incapacidad alguna para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación”, los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que el ser un migrante interno y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolosa” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

8. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y

⁷¹ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o *que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional. En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, y *b)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Gumercinda Giménez Valdez y Eduardo Gabriel Giménez.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXIV - CASTAÑEDA TORRES, CARMEN VIVIANA C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACAyT nº 10.548/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

1. La Sra. Carmen Viviana Castañeda Torres, por derecho propio y en representación de su hija, promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyó al demandado. Como medida cautelar, solicitó su inclusión en un programa de emergencia habitacional (fs. 1/23).

El juez de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo ordenando "...al GCBA que incorpore a Carmen Viviana Castañeda Torres (...), y [a] su hija menor, en el plan habitacional previsto por el dec. 690-GCBA-2006 (modificado por los decs. 960-GCBA-2008 y 167-GCBA-2011), o en su defecto cualquier otro plan o medida concreta que garantice efectivamente su derecho a la vivienda" (fs. 135/135 vuelta).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 138/142 vuelta). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso del GCBA agregando copia del fallo recaído en la causa "Lemos Fonseca, Alba Nibia c/GCBA y otros sobre amparo (art. 14, CCABA)", expte n° 30.133/0, en el que se individualizaran una cantidad de actuaciones —entre ellas, la que motiva esta intervención— a las que esa decisión resultaría aplicable (fs. 233/236 vuelta).

Para fundamentar el rechazo, los jueces *a quo* se refirieron a "...el derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas" (fs. 234); y afirmaron que "...el principio de la autonomía individual conlleva el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y exige comportamientos activos por parte del Estado, tendientes a hacer posible (...) el derecho de acceso a la vivienda (arts. 14 bis C.N., 31 CCABA y tratados internacionales con rango constitucional...)" (fs. 234). En relación con "la creación de diversos programas sociales" dirigidos a satisfacer el derecho a la vivienda, explicaron que más allá de los plazos que en ellos se prevén "...la Ciudad no [puede] suspender dicha cobertura si no se [halló] demostrado el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto la discontinuidad de tales prestaciones [vulnera] el principio de no regresividad..." (fs. 234). Destacaron, por fin, que la parte amparista había estado incluida en un programa habitacional, que no se había demostrado que su situación de emergencia habitacional hubiera variado, y que la demandada no había "...probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella" (fs. 235).

3. Contra el fallo de la Cámara, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 258/271), que fue concedido respecto de la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda, y rechazado en relación con la pretendida arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional alegadas (fs. 322/323 vuelta).

4. Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y reenviar la causa a la Cámara del fuero para el dictado de un nuevo pronunciamiento (fs. 343/347). La Sra. Asesora Tutelar, por su parte, solicitó el rechazo de la presentación (fs. 334/340 vuelta, respectivamente).

5. A fs. 349 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ, JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna, y *ii)* es una mujer con una hija menor de edad a cargo en *situación de vulnerabilidad social*, (fs. 131/135 vuelta; 236 vuelta) *iii)* se encuentra dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras, conforme señalaran los jueces de mérito.

2. Por ello, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, es posible entender que los distintos agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza del actor, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5º del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado se vincula al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora planteada; asunto que resulta sustancialmente similar al abordado por este Tribunal *in re*: “GCBA *s/queja* por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica *c/GCBA* y otros *s/amparo* (art. 14, CCABA)”, expte. nº 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. Tal como recordé en aquella oportunidad, en el precedente “Alba Quintana, Pablo *c/GCBA* y otros *s/amparo* (art. 14, CCABA) *s/recurso* de inconstitucionalidad concedido”, expte. nº 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. XII A, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i)* atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii)* esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii)* no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv)* sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;

- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta por ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales a) realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC⁷²) y b) destinen

⁷² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobier-

no de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; B.881.XLVII. 'Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo'; C.74.XLVII. 'C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido'; C.80.XLVII. 'C., L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)'; C.764.XLVII. 'C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; C.766.XLVII. 'C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; D.127.XLVII. 'Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F. 60. XLVII. 'Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F.305.XLVII. 'Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.192.XLVII. 'G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416.XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁷³—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según al-

⁷³ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

gunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el

pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado *in re*: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que "...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] le[] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso". Además, la Cámara sostuvo que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 236/vuelta.)

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,⁷⁴ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y."). La CSJN tiene dicho al respecto "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial" —conf. la decisión mayoritaria *in re* "X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* "X. F. E., T.", citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* "X. F. E., T.", ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer sola a cargo de su hija menor de edad y que se encuentra desempleada. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6º de la ley 4036.

⁷⁴ Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 233/236 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael

y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁷⁵

⁷⁵ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifican (art. 10 de la CCABA).

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

4. *Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:*

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse*

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁷⁶ o “Sejean”⁷⁷ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

⁷⁶ 347 Scotus 483 (1954).

⁷⁷ *Fallos*, 308:2268 (1986).

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar

que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o *que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 233/236 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4º. *Imponer* las costas por su orden.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

**DCXV - SÁNCHEZ, EDGARDO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO**

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAyT n° 9882/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Edgardo Sánchez fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 370/394.

Mediante el escrito de fs. 399/400 comparece a manifestar que no recurrirá la sentencia y solicita que se "...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud. / El concepto de 'alojamiento' se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que, eventualmente, se suscite a partir de las propuestas que debe hacer el GCBA, de acuerdo a la condena dispuesta y de sus obligaciones para garantizar el derecho a la vivienda. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías cuando se dé la respuesta a cómo se concreta mi derecho a la vivienda reconocido por el Tribunal".

Además el actor afirma que "...dado mi frágil estado de salud y mi avanzada edad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado. / (...) Hasta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme, y por lo tanto la obligación del demandado debidamente cumplida, la manda cautelar debe continuar vigente. De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios —y escasísimos— recursos. Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa 'Q. C. S. Y.', sentencia del 24/4/2012".

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la "reserva" de la cuestión "constitucional y federal", que sostiene involucraría "el concepto de alojamiento" (fs. 399 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta para hacer frente a la obligación de “brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 370/394.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por el Sr. Edgardo Sánchez.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 371 vuelta, punto 4.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCXVI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MOLINAS, SANDRA SUSANA C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Derecho a la vivienda digna. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.360/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso queja ante este Estrado (fs. 9/15) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 266/268 de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa) que confirmó la sentencia de grado —con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/03 y 3° del dec. modificatorio 960/08—, que había resuelto hacer lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenar al GCBA “...que le preste al amparista adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el dec. 690/06 y el dec. 960/08, o bien incorporándolo a cualquier otro programa que resguarde adecuadamente los fines habitacionales perseguidos en este proceso, en tanto perdure su situación de emergencia habitacional...” (fs. 55 vuelta).

2. Para resolver de ese modo, los jueces de la causa tuvieron en consideración la situación de hecho de la actora (persona sin contención familiar, que no se encuentra inserta en el mercado formal de trabajo, que padece una discapacidad que le dificulta realizar tareas laborales remuneradas y que, por tanto, no cuenta con recursos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento) a la luz de lo establecido en Pactos Internacionales, en la Constitución Nacional y local (arts. 31 y 20).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad que se intenta sostener en esta instancia (fs. 270/279 vuelta). Allí centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso legal adjetivo, los derechos de defensa y de propiedad y los principios de legalidad y de división de poderes. En particular, en tanto la sentencia se apartaba, sin dar razones, de lo ordenado por el Tribunal en la resolución del 4/10/2010 donde se ordenó reenviar la causa a la Cámara para que se dicte una nueva sentencia con el alcance señalado en la causa “Alba Quintana”, como así también la normativa aplicable en materia de subsidios habitacionales, según la cual tanto los plazos como los montos establecidos son constitucionales. Sostuvo que la sentencia había efectuado una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales relacionadas con lo decidido (art. 31 CCABA/art. 14 bis C.N.), que era arbitraria y que la cuestión revestía gravedad institucional.

4. La Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en

los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCABA, en tanto la invocación de las garantías y principios constitucionales había sido realizada de modo genérico, sin conectarlas razonadamente con el contenido del decisorio impugnado (fs. 292/293 vuelta).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General opinó que correspondía hacer lugar al recurso de queja (fs. 76/79 vuelta, de la queja).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque el Gobierno recurrente no ha demostrado que la Cámara hubiera incurrido en la arbitrariedad en que funda su recurso.

2. La Sala II —frente al reenvío de la causa que dispuso este Tribunal a fin de que “los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— confirmó, el 10/7/2013, la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al GCBA a “...que le preste al amparista adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el dec. 690/06 y el dec. 960/08, o bien incorporándolo a cualquier otro programa que resguarde adecuadamente los fines habitacionales perseguidos en este proceso, en tanto perdure su situación de emergencia habitacional...” (conf. fs. 55 vuelta del expediente principal).

3. Dentro de este contexto y cualquiera sea el mérito de los dichos del *a quo* acerca de las previsiones de la ley 4036 y de las normas constitucionales que reglamenta, lo cierto es que el GCBA no muestra que la Cámara, con la decisión transcrita (que centralmente manda que la actora sea mantenida en la percepción del beneficio habitacional), no hubiera venido a reponer la situación de prioridad en que entendió está la actora (conf. el art. 31 de la CCABA). En otras palabras, el Tribunal, por mayoría, ordenó devolver la causa a la Cámara para que se analizara si la parte actora cumplía las condiciones previstas en el dec. 960/08 y si había demostrado estar comprendida en alguna de las prioridades previstas en el art. 31 de la CCABA. La Cámara, no obstante las menciones que hizo acerca de la normativa a la que nos referimos más arriba, especialmente al art. 25, inc. 3º de la ley 4036, concluyó que la actora —una mujer de aproximadamente 50 años, sin contención familiar y con graves problemas de salud y certificado de discapacidad; extremos que la Cámara tuvo por probados en base a la documentación aportada a la causa (fs. 24 a 27 de los autos principales)— estaba en situación de vulnerabilidad social (conf. fs. 70 vuelta); razón por la cual, a juicio del *a quo*, debía mantenerse el subsidio habitacional que venían percibiendo. De ahí que no se observa la arbitrariedad en que el GCBA afirma habría incurrido la Cámara.

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General, votamos por rechazar la presente queja.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a*) invocan genéricamente una garantía

constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b*) invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c*) hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d*) no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, oída Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i*) que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii*) que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad y de gravedad institucional.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles los recursos extraordinarios que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitu-

cionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja deducida por el GCBA no puede prosperar.

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí se sostiene, el GCBA pretende cuestionar el decisorio emitido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a raíz del pronunciamiento de este Tribunal que, por mayoría, dispuso el reenvío de las actuaciones a fin de que "...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[er]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCA-BA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09" —parte dispositiva que acompañé con los alcances resultantes de mi voto y de las consideraciones vertidas *in re*: "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 6153/09, sentencia del 12/5/2010, donde hice un exhaustivo tratamiento de diversas cuestiones vinculadas al programa habitacional cuestionado— (fs. 150/189 de los autos principales).

En lo que aquí importa, el *a quo* resolvió confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que "...preste al amparista adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el dec. 690/06 y el dec. 960/08, o bien incorporándolo a cualquier otro programa que resguarde adecuadamente los fines habitacionales perseguidos en este proceso, en tanto perdure su situación de emergencia habitacional"; al tiempo que revocó ese decisorio en cuanto decretó la inconstitucionalidad "...de los arts. 5° del dec. 690/06 y 5° de la resol. reglamentaria 1554/08" (conf. fs. 55 vuelta de los autos principales).

En particular, destacó que la actora es "una persona sola que no se encuentra inserta en el mercado formal de trabajo, que padece una discapacidad que le dificulta realizar tareas laborales remuneradas y que, por tanto, no cuenta con recursos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento" (fs. 267 vuelta de los autos principales).

3. En este contexto, coincido con mis colegas en que la queja debe ser rechazada pues —frente al reenvío dispuesto por este Tribunal—, la Cámara reconoció una obligación de asistencia a favor de la accionante sobre la base de tener por probada la situación de vulnerabilidad social que atravesaba sumada a la peculiar situación de salud, y los planteos del GCBA en torno a la situación fáctica de la parte actora no logran demostrar que las conclusiones a las que arribó la alzada al respecto sean palmaria-mente insostenibles.

Así las cosas, vale recordar que, de conformidad con lo resuelto *in re* "Alba Quintana", los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la Constitución y las leyes ponen en situación de prioridad frente a las restantes —salvo que el GCBA acredite que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio, ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida.

Luego, en la medida en que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la particular situación que atraviesa la parte ac-

tora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Estas falencias argumentales llevan forzosamente al rechazo de la presente queja. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del el Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXVII - HERRERA, MABEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN HERRERA, MABEL C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Existencia del agravio. Gravamen actual: improcedencia. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.196/13 - 22/10/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

I. Mabel Herrera interpone acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA); pretende —en lo que aquí corresponde reseñar— tutela jurisdiccional para que se posibilite “...una solución que [le] permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad (...) [y] en el caso de que la solución a brindarse sea un subsidio, este [le] (...) permita abonar en forma íntegra el valor de un lugar de las características descriptas precedentemente (...) hasta que se demuestre fehacientemente que las circunstancias de emergencia habitacional [hayan] desaparecido (...)”. Asimismo plantea la inconstitucionalidad de lo establecido por los arts. 5° y 6° del dec. 690/06 y 24 de la ley 2145 (véase fs. 1/36 expte. n° 43550/0).

La sentencia de primera instancia hace lugar a la acción y ordena al GCBA que incorpore a la actora en el plan habitacional 690/06 —y modificatorios— o en su defecto, en cualquier otro plan o medida concreta que garantice efectivamente su derecho la vivienda (fs. 158/162). No obstante, rechaza los planteos de inconstitucionalidad formulados por la actora (fs. 158/162).

2. Ambas partes apelan la decisión y expresa agravios (fs. 167/175 y 176/191); la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario con fecha 14/3/2013 confirma el decisorio apelado.

Para así resolver, los magistrados ponderan que la actora se agravia por la falta de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 5° y 6° del dec. 690/06 —en tanto el límite temporal y cualitativo por estas normas establecido atenta contra la protección perseguida con la acción ventilada—, así como también, por la limitación que supone sujetar el otorgamiento del subsidio a las disponibilidades presupuestaria (fs. 216).

Sobre esta cuestión los jueces, luego de exponer las argumentaciones tendientes a sostener la sentencia de primera instancia atacada también por el GCBA, resuelven que “...a los fines de la adecuada composición del litigio no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de ninguno de los artículos del dec. 690/06 —ni las normas que lo modificaron— para dar adecuada solución al conflicto de marras, por lo cual resulta inoficioso el tratamiento del agravio central de la parte actora.” (fs. 216/218).

3. Contra este pronunciamiento la actora interpone recurso de inconstitucionalidad. Destaca que en el caso se presenta una cuestión constitucional a resolver, en tanto lo decidido conculca su derecho constitucional a la vivienda, a la salud, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (arts. 14 bis, 16, 75 inc. 22 y arts. 11, 12, 17 y 31 de la CCABA); argumenta —sustancialmente— que los montos que actualmente establece el dec. 690/06 “...no me permitirán abonar de forma íntegra mis gastos de alojamiento, ni tampoco encontrar un hotel que me albergue. Todo lo cual me conducirá nuevamente a encontrarme en situación de calle...”; bajo estas circunstancias, insiste con la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas *supra* aludidas (fs. 238/252 destacado en el original).

4. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declara inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad. Los magistrados consideran que la actora no había planteado un caso constitucional por cuanto la sentencia en crisis se había circunscripto a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales; destacan que el recurso interpuesto “...solo discute el acierto de las conclusiones a que ha arribado el tribunal sobre la base del contexto fáctico y jurídico, cuya existencia no fue controvertida”, motivo por el cual, las garantías y los derechos y principios constitucionales invocados no logran vincularse exitosamente con lo decidido (fs. 263/264).

5. La actora interpone recurso de queja. Sostiene que los fundamentos esgrimidos por la Sala II para denegar su recurso de inconstitucionalidad resultaron infundados y arbitrarios. Afirma que la sentencia atacada afecta su derecho a la vivienda y a la salud integral, así como a la tutela judicial efectiva y destaca que se encuentran en debate la interpretación y alcance de normas de rango constitucional —arts. 20 y 31 de la CCABA y arts. 14 bis, 18, y 75 inc. 22 de la C.N.— (fs.1/8 del expte. 10196/13).

6. La Fiscalía General propicia el rechazo de la queja articulada por la actora (fs. 22/24).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma -art. 33 de la ley 402-, no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional en esta instancia (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

Al resolver el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que fueron tratadas todas las cuestiones de hecho y prueba así como las relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso, señalando que "...las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; [y agregando que] no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada." (fs. 122/vuelta).

Los planteos formulados por la apelante *supra* referidos remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

La actora se agravia por el límite temporal y cuantitativo de los emolumentos otorgados solicitando se declare la inconstitucionalidad de las normas que así lo determinan.

Al respecto, debe ponderarse que la sentencia —firme— de primera instancia, no establece límite temporal alguno sobre el otorgamiento del subsidio que ordena pagar, y remite a su vez, entre otras opciones alternativas, al otorgamiento de cualquier otro plan "...o medida concreta que garantice efectivamente su derecho a la vivienda (...)." .

En este marco, el agravio por la limitación temporal deviene inexistente —por no resultar concretamente aplicable en este caso—, y el agravio por la limitación del *quantum* otorgado, presentado en forma meramente potencial —frente a los términos amplios en que quedó resuelta la controversia sobre el punto—, revela lo conjetural del planteo, sellando la suerte de la pretensión.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad "no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales" —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una "sentencia fundada en ley", en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde rechazar la queja de fs. 1/8, porque la recurrente no muestra que la decisión objetada le irroque un gravamen actual.

En este orden de ideas, cabe señalar que la sentencia cuestionada entendió que las circunstancias que rodean a la actora —"...se trata[ba, al tiempo de la sentencia,] de una mujer sola de 58 años divorciada con dos hijas mayores de edad con las cuales no tiene contacto alguno (conf. fs. 53 y vuelta) [...], p]aciente psiquiátrica del Hospital Ramos Mejía (conf. fs. 55) donde recibe tratamiento y se le suministra citalopram, clozapepam, zolpidem (conf. fs. 56 bis)[; e]stá desempleada aunque cuida adultos de 'manera pasiva' toda vez que no puede asistirlos por una lesión en el brazo que le impide

realizar cualquier tipo de esfuerzo, por lo que percibe aproximadamente \$300 mensuales (conf. fs. 55)...”, V. fs. 217 vuelta— “...comprueban la existencia de una situación de vulnerabilidad que merece tratamiento de parte de la Administración” (fs. 217 vuelta), razón sobre cuya base confirmó la decisión de primera instancia que había “...orden[ado] al GCBA que ‘... incorpor[ase] a Mabel Herrera en el plan habitacional previsto por el dec. 690/GCBA-2006 (modificado por decs. 960/GCBA-2008 y 167-GCBA-2001), o en su defecto cualquier otro plan o medida concreta que garantice efectivamente su derecho a la vivienda...’ (conf. fs. 162)...” (fs. 216 de los autos principales). Agregó, asimismo, que “[e]n atención al modo en que se resuelve y a los fines de la adecuada composición del litigio no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de ninguno de los artículos del dec. 690/06 —ni las normas que lo modificaron— para dar una adecuada solución al conflicto de marras, por lo cual resulta inoficioso el tratamiento del agravio central de la parte actora” (fs. 217 vuelta/218).

Frente a ello, el agravio según el cual “...la resolución dictada, que podría implicar en los hechos una limitación temporal y cuantitativa de las obligaciones de la demandada a los estrictos términos del art. 5º del Decreto N 690/06, no reconoce la satisfacción del derecho a la vivienda, salud y dignidad garantizados por la Constitución de la Ciudad y por la Constitución Nacional” (fs. 2 vuelta) se propone como meramente conjetural, circunstancia de la que da cuenta no solamente que la propia recurrente emplea tiempos verbales condicionales para explicar sus objeciones, sino además la ausencia de argumento alguno tendente a mostrar que actualmente la condena le resulta insuficiente, no obstante que ello resultaba especialmente exigible a los efectos de habilitar la revisión de esa sentencia.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, por los motivos que se expondrán a continuación.

2. Los distintos planteos que la recurrente pretende mantener ante este Estrado son aquellos esgrimidos contra la decisión de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que, si bien confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo —ordenando al GCBA “que incorpore a la actora en el plan habitacional 690/06 y modificatorios o, en su defecto, en cualquier otro plan o medida concreta que garantice efectivamente su derecho a la vivienda” (fs. 61/65)—, no abordó la cuestión de la alegada inconstitucionalidad de distintas previsiones del dec. 690/06 por entender que ello “resultaba inoficioso”. La accionante entiende que así el decisorio recaído en autos lesiona de manera flagrante sus derechos constitucionales a la vivienda, a la salud, a la igualdad y a una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, más allá del acierto o error de la sentencia impugnada, coincido con mis colegas cuando señalan que la interesada no ha acreditado que ese pronunciamiento le genere un gravamen concreto y actual, en la medida en que las distintas formulaciones, que expresan que con lo resuelto se pondría en riesgo su derecho a la vivienda y a la salud integral, remiten al plano de lo conjetural o hipotético.

Asimismo, interesa destacar que el giro utilizado en la parte dispositiva del decisorio que confirmó la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario contiene ciertas indefiniciones; por lo que será en la etapa de ejecución de sentencia donde quedará precisado el plan habitacional aplicable a la particular situación de la señora Mabel Herrera.

3. Por lo demás, me permito añadir que, en la medida en que en estos procesos en los que se persigue el control judicial de la asistencia estatal en materia habitacio-

nal existen diversos aspectos que no quedan alcanzados por la cosa juzgada material —pues la existencia y alcance de la obligación en cabeza del GCBA depende de las peculiares circunstancias de los sujetos beneficiarios, muchas de ellas mutables en el tiempo—, ciertas cuestiones podrán ser replanteadas por ambas partes atendiendo a esas circunstancias sobrevinientes y concretas; por ser dinámicos los presupuestos fácticos a tener en cuenta para brindar la protección que acuerdan las normas vigentes. En ello reside la necesidad imperiosa de ajustar la sentencia a la situación acreditada ante los jueces de la causa y en ello también reside parte del desafío que representa para el Poder Judicial la problemática vinculada a la exigibilidad y extensión de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, Dra. Inés Weinberg, por compartir los mismos fundamentos que sustentan su decisión.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención al alcance que la Cámara del fuero acordó al derecho de acceso a una vivienda adecuada, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recepitó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁷⁸

⁷⁸ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho". *"Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

5. *Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:*

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó—en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse*

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁷⁹ o “Sejean”⁸⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

⁷⁹ 347 Scotus 483 (1954).

⁸⁰ *Fallos*, 308:2268 (1986).

6. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. De lo dicho se sigue que es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de, por lo menos, preservar lo ya otorgado.

En este escenario, asiste razón a la parte actora cuando explica que “la forma en que la Cámara ha resuelto tutelar [su] derecho a la vivienda no garantiza su ejercicio efectivo y pleno, en tanto el dec. 690/06 posee un límite temporal y cuantitativo previsto en su art. 5°, el cual no [le] permitirá hacer frente de forma integral [a sus] necesidades habitacionales”, y que si la condena “...se encuentra circunscripta a los plazos dispuestos en la citada norma, quedaría nuevamente en la misma situación de alta vulnerabilidad ya acreditada...” (fs. 111 vuelta).

Y es que —como expliqué en el apartado anterior, y ampliaré en el próximo—, no cabe fijar para el monto o el plazo de la prestación objeto de la condena impuesta al GCBA otro límite que el que surge de la total satisfacción del derecho de acceso a una vivienda adecuada, hasta el máximo de los recursos disponibles, y mientras duren las circunstancias que motivaron la promoción de la acción de autos.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena

al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

8. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 8 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por *a)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la Sra. Mabel Herrera y condenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad mientras duren las circunstancias que dieron lugar a su demanda, y *b)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2°, del CCAyT).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Mabel Herrera.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXVIII - NEMEROVSKY, CECILIA VERÓNICA Y OTROS C/GCBA S/ AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. Arbitrariedad de sentencia. Deberes y facultades del juez. Sentencia. Reglas para dictar sentencia. Fundamentación de sentencias. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Situación de vulnerabilidad. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Niños, niñas y adolescentes. Devolución del expediente. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.453/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 357/372 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo, en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento (fs. 320/323 vuelta; fs. 326); en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" (fs. 323) y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 323/323 vuelta).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 30.133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza más crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n° 13817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían paráme-

tros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 357/372 vuelta), la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravó del decisorio porque la Cámara, en lo que respecta al monto de la obligación reconocida, se apartó sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 398/399 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 418/440). A su turno, la Sra. Fiscal General Adjunta propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 444/447 vuelta).

6. A fs. 455 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCAYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Desde nuestro punto de vista, en el caso la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida al agravio constitucional por el

que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró formalmente admisible el recurso en examen (interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda). Por ello, consideramos que los distintos planteos esgrimidos integran el ámbito de la revisión instada ante este Tribunal (conf. doctrina de *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

2. Ello sentado, entendemos que la recurrente ha logrado acreditar que la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario brindó un fundamento tan solo aparente al hacer lugar a la demanda en los términos ya reseñados.

En este sentido, los jueces de la causa no demostraron haber conectado la solución a la que se arribó con la valoración de las concretas circunstancias que atraviesa la parte actora. Es que el peculiar modo en que el tribunal *a quo* dictó sentencia en autos —mediante la confección de un listado de actuaciones en el expediente madre y el agregado de una fotocopia simple en los restantes casos— dificulta la comprensión de los distintos elementos ponderados al momento de determinar la *situación de vulnerabilidad* en que se encontraría la parte actora.

En efecto, la Cámara omitió examinar si la parte actora cumplía con los requisitos que establece la ley 4036 para obtener el beneficio solicitado. No explicó si la *vulnerabilidad social* que invoca encuadra en lo dispuesto en el art. 6° y si pertenece a alguno de los grupos que la ley dispuso atender de manera diferenciada, según sus características, por ejemplo: personas con discapacidad, adultos mayores de 60 años, niños, niñas y adolescentes, además de reunir el mencionado requisito de vulnerabilidad (conf. sentencias dictadas por este Tribunal en expte. n° 9903/13 “Valdez, Mario Enrique c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido y expte. n° 10.229/13 “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 4/6/2014 y del 30/4/2014, respectivamente).

En particular, el *a quo* no ha identificado circunstancias sociales o económicas que pongan a los actores en la dificultad a que se refiere la ley.

3. En suma, le asiste razón a la recurrente cuando invoca la insuficiencia de fundamentos del *a quo* para resolver como lo hizo, motivo por el cual el pronunciamiento resistido debe ser descalificado y, en consecuencia, corresponde a la Cámara dictar un nuevo fallo en el que se pondere fundadamente la situación de la parte actora a la luz de las normas vigentes en la materia.

Más allá del amplio margen de valoración que tienen los jueces de la causa respecto de las pruebas producidas en el expediente —materia que, por regla, resulta de su privativa competencia—, lo cierto es que el fallo adoptado debe poder derivarse de las consideraciones desarrolladas en la sentencia sobre los aspectos de hecho y de derecho involucrados; circunstancia que aquí no se exhibe claramente.

En virtud de la fragilidad que se observa en el pronunciamiento del *a quo*, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia objetada y reenviar las actuaciones a la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una

vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁸¹

⁸¹ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)"

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse

de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o em-

pleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁸² o “Sejean”⁸³ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo

⁸² 347 Scotus 483 (1954).

⁸³ *Fallos*, 308:2268 (1986).

de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolozá” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAYT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* la sentencia de fs. 320/323 vuelta y *devolver* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo un nuevo fallo conforme a derecho.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCXIX - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN C., Ñ. C. C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)⁸⁴

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

.....

Expte. SACAYT n° 10.403/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe;

RESULTA:

I. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso queja ante este Estrado (fs. 25/30 vuelta) con el objeto de mantener el recur-

⁸⁴ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 21/3/2014 en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, en este tomo, p. 3696.

so de inconstitucionalidad que dedujera contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 215/216 vuelta de los autos principales caratulados “C., Ñ. C. c/GCBA y otros s/amparo”, que tramita bajo el expediente n° EXP 46497/0, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa), que confirmó la sentencia de grado que hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó al GCBA que arbitrase los mecanismos constitucionales enderezados a proveer al amparista una ubicación habitacional configuradora del derecho a la vivienda adecuada, haciéndole saber que de consistir en una prestación económica, la misma debía satisfacer íntegramente los preceptos señalados (fs. 164/182 vuelta).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara tuvo en cuenta la situación de hecho del actor (hombre de 60 años, que padece discapacidad mental, que se encuentra bajo tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico con diagnóstico de trastorno bipolar, desempleado y sin contención familiar) a la luz de lo establecido en Pactos internacionales, en la Constitución Nacional y local (arts. 31 y 20).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 221/235 vuelta) que se intenta sostener en esta instancia. Allí centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso legal adjetivo, los derechos de defensa y de propiedad y los principios de legalidad y de división de poderes. En particular, sostuvo que la sentencia se apartaba, sin dar razones, de la normativa aplicable en materia de subsidios habitacionales como así también de la doctrina del Tribunal *in re* “Alba Quintana”, según la cual tanto los plazos como los montos establecidos eran constitucionales. Manifestó que ya había cumplido con la obligación establecida en los programas de ayuda social, por lo que, en consecuencia, el amparista no tenía un derecho lesionado. Expresó, a su vez, que la Cámara había incurrido en un exceso de jurisdicción que afectaba facultades propias del Poder Ejecutivo local, y que la sentencia había efectuado una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales (art. 31 CCABA/ art. 14 bis C.N.). Señaló que la sentencia era arbitraria y que la cuestión revestía gravedad institucional.

4. La Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3°, de la CCABA, en tanto la invocación de las garantías y principios constitucionales había sido realizada de modo genérico, sin conectarlas razonadamente con el contenido del decisorio impugnado (fs. 260/261).

5. Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta opinó que correspondía declarar inadmisibles la queja toda vez que, a su criterio, el GCBA no había realizado una crítica concreta y pormenorizada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 158/160 de la queja).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. La queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402.

2. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna, y *ii)* es un hombre de 60 años sin contención familiar, que padece una discapacidad mental y se encuentra bajo tratamiento psicofarmacológico

y psicoterapéutico con diagnóstico de trastorno bipolar (fs. 216), que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (conf. la ley 3706). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

3. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó, en los términos ya reseñados en el punto 2 de las resulta, la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 215/216 vuelta; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

Así lo votamos.

Las juezas INÉS M. WEINBERG y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La cuestión planteada en autos es sustancialmente análoga a la suscitada en el expediente “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: KMP c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014. Por las razones que expresáramos en nuestros votos para esa causa, a las que nos remitimos —y cuya copia se incorporará a este expediente—, corresponde rechazar la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 215/216 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXX - SALVADOR, FABIANA MARÍA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAyT n° 9767/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Sra. Fabiana María Salvador fue notificada de la sentencia del Tribunal de fs. 407/415 vuelta.

Mediante el escrito de fs. 420/421 aduce que "...[e]l concepto de 'vulnerabilidad' se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las probanzas que se harán valer en la instancia de grado, de manera que en ese orden de ideas no existe aun sentencia definitiva" (fs. 420 vuelta).

Manifiesta que no recurrirá la sentencia y solicita que "...se tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a mi situación de vulnerabilidad y a mi situación de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías una vez que se arribe a las sentencia del tribunal superior de la causa".

Además, la actora afirma que "...procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente al que se hizo referencia en el párrafo anterior... / En efecto, hasta que se arribe a la decisión que resuelva el litigio que se ha planteado en el presente proceso y se encuentre firme, continúa la virtualidad de la sentencia que ordenó la medida cautelar, por cuanto la Cámara deberá tramitar ante esos estrados las diligencias necesarias para definir los alcances de las pautas fijadas por el Tribunal con relación a mi particular situación. Por otra parte ese ha sido el criterio adoptado por el mismo Tribunal Superior de Justicia en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Angel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'" expte. TSJ n° 4270/05".

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa la actora en relación con "los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a la situación de vulnerabilidad y a mi situación de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA ... todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales", este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si

llegara a resultar pertinente, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que los planteos relativos al “*mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente*” no fueron abordados por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, tales planteos deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la “reserva” de la cuestión “constitucional y federal”, que sostiene involucraría “el concepto de vulnerabilidad” (fs. 420/420 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa la amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 407/415 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Fabiana María Salvador.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 415 vuelta, punto 4.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXI - ASESORÍA TUTELAR N° 3 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.013/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe;

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 244/259) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo interpuesto por Bernardina Montes Rivera por sí y en representación de su nieta menor de edad, en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento. En el se sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces" ... "que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones..." (fs. 221/224 vuelta; fs. 233).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 30133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n° 13817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 244/259 vuelta), la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de

hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravó del decisorio porque la Cámara, en lo que respecta al monto de la obligación reconocida, se apartó sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 301/302 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 307/329). A su turno, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 332/343 vuelta).

6. A fs. 350 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no encuentra controvertido por el GCBA que la actora Bernardina Montes Rivera *i)* es una mujer en *situación de vulnerabilidad social*, que se encuentra a cargo de su nieta menor de edad, Josie Julissa Gallegos Manrique *ii)* adhirió a la demanda iniciada por la Asesoría Tutelar n° 3 ante la Justicia de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario a fin de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna (fs. 127/130; 224 vuelta).

2. Los agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5º del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado resulta así sustancialmente similar a la abordada por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso

de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho*

a una vivienda digna a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. cons. 11° del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales a) realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC⁸⁵) y b) destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. cons. 12° de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por deficiencia— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. cons. 12° de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI I ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el pa-

⁸⁵ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

trón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, María Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la ley 4036 —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad* social y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706.

En estos supuestos, la ley 4036 *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3, ley 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley 4036—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, ley 4036—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁸⁶—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisio-

⁸⁶ Véase CASÁS, José O.: “La insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

nes gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangeliza-

ción”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que “...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”. La Cámara, además, señaló que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 224/vuelta)

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,⁸⁷ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto in re “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14,

⁸⁷ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer a cargo de su nieta menor de edad, que se encuentra desempleada y en condiciones precarias de habitabilidad. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 221/224 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene respetar: los Estados reconocen "...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia..." comprensivo de la "vivienda adecuada", así como del derecho a una "mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional "...en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos "Giroldi" (*Fallos*, 318:514), "Aquino" (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y "Espósito" (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: "el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención" (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas "Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación", sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁸⁸

⁸⁸ "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...."

"...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)"

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Esta-

dos interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para ha-

bilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁸⁹ o “Sejean”⁹⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

⁸⁹ 347 Scotus 483 (1954).

⁹⁰ *Fallos*, 308:2268 (1986).

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el

orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCaYT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 221/224 vuelta y 233 y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCXXII - HUAMAN HUAMAN, CARMEN ROSANA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACaYT n° 10.877/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe;

RESULTA:

1. El GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió “Desestimar los agravios y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en los términos expuestos en este decisorio...” (conf. fs. 406 vuelta).

2. Los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada “Lemos Fonseca Alba Nibia contra GCBA sobre amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 30133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía

suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n° 13817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/2012, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica de la actora y de sus hijos se hubiese modificado, sino que el núcleo familiar continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias, sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendentes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica, sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales. (conf. fs. 403/406 vuelta).

3. En el recurso de inconstitucionalidad el GCBA sostuvo, en primer lugar, que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva al decidir en una sentencia “ómnibus” numerosas causas en las cuales se ventilaban situaciones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Adujo que la sùbita acumulación de las causas había dejado a la demandada sin defensa respecto de esa decisión, impidiéndole demostrar que no todos los ciudadanos se encontraban “...en condiciones de solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial”. (conf. fs. 437 vuelta).

También se agravó porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento alguno de las normas y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor al que allí se establecía. Adujo que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por lo Decs. 690/06, 960/08 y 167/11. Por último, atacó la forma en que fueron impuestas las costas tanto en primera instancia como en la Cámara (conf. fs. 428/443).

4. La Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo rechazó respecto de los restantes planteos (469/470 vuelta).

5. La Asesora General Tutelar opinó que correspondería rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA (conf. 477/ 483). A su turno, el Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia recurrida (conf. fs. 485/501).

6. A fs. 511 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 403/406 vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que "...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso". La Cámara, además, señaló que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 406).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,⁹¹ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q. C., S. Y."). La CSJN tiene dicho al respecto "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial" —conf. la decisión mayoritaria *in re* "X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 10.229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* "X. F. E., T.", citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y

⁹¹ Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer con tres hijos menores de edad a su cargo, no recibe ayuda económica del padre de los niños, carece de un empleo formal y está en una situación económica precaria. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 403/406 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna, *ii)* es una mujer con tres hijos menores de edad a cargo en *situación de vulnerabilidad social*, (fs. 267/298 vuelta; 406 vuelta) y *iii)* se encuentra dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras, conforme señalaran los jueces de mérito.

2. Por ello, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia—uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, es posible entender que los distintos agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado se vincula al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora; asunto que resulta sustancialmente similar al abordado por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. Tal como recordé en aquella oportunidad, en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. XII A, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé que “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solici-

tar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y *b*) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a*) realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC⁹²) y *b*) destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”)—.

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI I ‘F., R. V. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C.,S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad

⁹² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra

el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706.

En estos supuestos, la ley 4036 *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, ley 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley 4036—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, ley 4036—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina⁹³—, se convierten en una

⁹³ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “Social”, al que estoy convencido que ha adscripto

la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamenta-

les de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael

y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.⁹⁴

⁹⁴ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifican (art. 10 de la CCABA).

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

4. *Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:*

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]*’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse*

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”⁹⁵ o “Sejean”⁹⁶ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

⁹⁵ 347 Scotus 483 (1954).

⁹⁶ *Fallos*, 308:2268 (1986).

5. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. *Tutela efectiva y función jurisdiccional:*

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar

que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o *que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 403/406 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4º. *Imponer* las costas por su orden.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCXXIII - TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. C/GCBA (SECRETARIA DE HACIENDA Y FINANZAS) S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR. Deserción del recurso. Memorial. Falta de memorial. Plazos procesales. Incidente de nulidad: rechazo. Redargución de falsedad: rechazo.

Expte. SACAyT n° 10.347/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe;

RESULTA:

1. Telefónica de Argentina SA plantea la nulidad de la notificación de fs. 1854 por haber sido realizada “en clara violación a lo dispuesto por el art. 124 CCAyT al entregarse la cédula a una persona distinta de las expresamente contempladas en dicho artículo y sin exponer los motivos o fundamentos que llevaron al notificador a apartarse del texto legal”.

En subsidio plantea redargución de falsedad sobre lo consignado en la cédula de fs. 1854. Afirma que “...es falso que el edificio de Avenida de Mayo 651 cuente con ‘seguridad’ como afirmó el oficial notificador en el reverso de la cédula agregada en autos.” —el resaltado es del original— (fs. 1857).

Señala que el defecto en la notificación le impidió fundar en término el recurso ordinario de apelación —oportunamente— concedido contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Afirma que se encuentra afectado su derecho constitucional de defensa en juicio (fs. 1856/1862 vuelta).

2. El oficial notificador —en oportunidad de responder el traslado que se le confiere a fs. 1889— manifiesta que el edificio de Av. de Mayo 651 no presenta panel de timbres en su puerta de entrada. Afirma que fue atendido en el hall central por el encargado del edificio, a quien entregó la cédula en mano, consignando en el reverso de la misma que fue entregada al “Sr. Seguridad de edificio” utilizando este término como sinónimo. Destaca al efecto que “Es bien sabido que los “encargados” *se encargan de la manutención del edificio y de la seguridad del mismo.*” (el subrayado es del original), y pondera que conforme la resolución 188/07, modificatoria del reglamento aprobado por la Acordada de la CSJ 19/80, se ha ampliado el concepto de encargado del edificio a todas aquellas personas que dependen directa o indirectamente del consorcio de propietarios a raíz de las múltiples situaciones descriptas por los notificadores (sub-encargados, ayudantes, personal de seguridad etc.). Destaca además que nunca consignó en el acta personal de seguridad “privada” como intenta endilgarle subrepticamente la actora (fs. 1893/1895).

3. El GCBA —en oportunidad de contestar el traslado conferido a fs. 1896— afirma que la actora reconoce que la cédula estuvo bien confeccionada objetando solo la forma en la que fuera diligenciada. Sin embargo —agrega— la accionante admite que otras cédulas libradas en estos autos (obrantes a fs. 1838, 1845 y 1849) se diligenciaron de la misma forma, sin que conste que Telefónica de Argentina SA hubiera “hecho una manifestación en autos para que se advirtiera expresamente al oficial de justicia de la situación planteada”.

Concluye —sustancialmente— que el notificador se vio obligado a hacer la entrega al encargado —situación contemplada por el art. 141 de la Acordada de la CSJN 19/80 y la resol. 152/99— toda vez que el edificio no presenta un panel de timbres en su puerta de acceso.

FUNDAMENTOS:

La jueza Inés Weinberg dijo:

1. Telefónica de Argentina SA interpone recursos ordinario de apelación e inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara de fecha 4/3/2013 —confirmatoria del decisorio de primera instancia por el que se rechazara su pretensión (fs.1587/1588 vuelta y 1590/1606 vuelta)—. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario concede el recurso de apelación ordinario y declara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad intentado (fs.1635/1637).

El 19/12/2013 se ponen los autos a disposición de la actora para que en el plazo de 10 días presente el memorial de sus agravios (fs. 1848). La notificación se realiza mediante cédula librada el 4/2/2014 que ingresa al departamento de notificaciones del Consejo de la Magistratura el 6 de ese mes, y es diligenciada el día 7 de febrero del corriente por el oficial notificador (1854 y vuelta).

Vencido el plazo concedido para fundar la expresión de agravios sin que fuera presentado el escrito correspondiente, Telefónica de Argentina SA promueve la nulidad de la notificación y plantea la redargución de falsedad; en el mismo escrito funda el recurso ordinario de apelación (fs. 1856/1887).

En cuanto al planteo de nulidad afirma que el oficial notificador no cumplió con las formas previstas en el art. 124 del CCAyT; sobre la redargución de falsedad, sostiene que el edificio no cuenta con “seguridad privada”, razón por la cual, resulta falso el contenido del acta circunstanciada inserta al dorso de la cédula de fs. 1854.

2. En cuanto a la pretensión de nulidad por defecto en la forma de tramitar la notificación debe tenerse en cuenta que el art. 123 del CCAyT establece que “[s]i la notificación se hiciere por cédula, el/la funcionario/a encargado/a de practicarla deja al interesado/a copia de la cedula haciendo constar con su firma, el día y la hora de la entrega. El original se agrega al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora de la diligencia, suscripta por el/la notificador/a y el/la interesado/a, salvo que este se negare o no pudiere firmar, de lo cual debe dejarse constancia.”; el art. 124 de dicho cuerpo establece: “[c]uando el/la notificador/a no encuentre a quien va a notificar, debe entregar la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al/la encargado/a del edificio, y proceder en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarla, debe fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares.”

La cédula obrante a fs. 1854 da cuenta que el notificador fue recibido en el edificio sito en Avenida de Mayo 651 por una persona que —en cuanto ahora interesa— quedó identificado como “Sr. Seguridad de Edificio”, quien admitió que el Dr. Guillermo A. Lalanne sí vive allí, y a quien le hizo entrega de una copia de la cédula, de igual tenor.

En el caso se han cumplido con los extremos previstos por el precitado art. 124 del ritual, toda vez que la cédula efectivamente fue entregada a la persona a cargo de franquear el acceso en el hall del edificio dadas las particulares circunstancias de este —no contar con portero eléctrico o timbre para acceder directamente al piso 3 dpto. 14—. A partir de ese momento, Telefónica de Argentina SA quedó notificada de la resolución que la emplazaba a presentar el memorial de agravios.

El mismo procedimiento y consigna fueron empleados en las cédulas obrantes a fs. 1838, 1845 y 1849 sin que dicha circunstancia ofreciera reparo alguno en su oportunidad a la accionante.

3. En cuanto al planteo ventilado sobre la redargución de falsedad, debe destacarse que el art. 323 del CCAyT dispone: “La redargución de falsedad de un instrumento público tramita por incidente, existiendo la carga de promoverse dentro del plazo de diez (10) días de realizada la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida. (...)”.

En esta inteligencia y dado el particular criterio restrictivo adoptado por la norma adjetiva respecto de la carga que pesa sobre el accionante para promover el precitado incidente una vez ventilada la impugnación —conf. FENOCHIETTO, Carlos E.: *Código Procesal Civil y Comercial Comentado Anotado y Concordado con los Códigos Provinciales*, pp. 537 y ss, y sus citas—, corresponde tener por desistido el planteo de conformidad con lo establecido por la normativa dada la perentoriedad del plazo y la naturaleza del instrumento (véase art. 993 CC y concordantes).

Por otra parte, tampoco puede soslayarse que la prueba ofrecida por la accionante resulta manifiestamente inconducente a los efectos pretendidos.

4. En atención a las consideraciones que anteceden y al estado de autos corresponde rechazar los planteos ventilados por Telefónica de Argentina SA con costas, y en consecuencia, declarar desierto el recurso ordinario de apelación concedido por no haber presentado la actora el memorial de agravios en el plazo fijado (art. 39, ley 402).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Para invalidar la notificación cuestionada en autos, la parte actora planteó una pretensión de nulidad procesal y, subsidiariamente, otra de redargución de falsedad. En primer lugar, corresponde analizar la validez de dicha notificación a la luz de la normativa procesal aplicable, para luego, de ser necesario, determinar la veracidad o falsedad de la información consignada en el reverso de la cédula indicada.

2. El planteo de nulidad se sustenta, esencialmente, en que la notificación habría violado lo dispuesto por el art. 124 CCAyT al entregarse a una persona distinta de las expresamente contempladas en dicho artículo (“personal de seguridad” que no existe), y sin haber intentado realizar la notificación en el domicilio procesal constituido (tercer piso, oficina 14, de Avenida de Mayo 651).

Por su parte, el oficial notificador, en su contestación de fs. 1893/1895, indicó que *i)* el estudio jurídico no presenta panel de timbres en la puerta del edificio, el cual presenta un único timbre; y que *ii)* la mención en el acta de la cédula que consigna su entrega al “Sr. seguridad de edificio”, quiso referirse al encargado del mismo, en tanto este cumple tareas de manutención y seguridad.

De lo expuesto se desprende que en este caso, y a diferencia de los precedentes de este Tribunal que Telefónica de Argentina S.A. cita en su presentación [“Lewinson, Julio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Lewinson, Julio c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa’”, expte. n° 5948/08, sentencia del 23/3/2009; “Empresa Constructora Delta S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/Delmas S.A. s/ej. fisc. Ingresos brutos (reservado)’”, expte. n° 8701/12, sentencia del 3/10/2012], el oficial notificador cumplió las exigencias del art. 124, CCAyT, pues al no poder anunciar su presencia en la oficina donde fue constituido el domicilio (ya que no existía panel de timbre), entregó la cédula a la persona encargada de atender, en el hall de entrada, a los visitantes del edificio, a quien denominó en el acta “seguridad del edificio” en virtud de la función que estaba desempeñando en los

hechos (franquear el acceso al domicilio), concepto que resulta en el caso asimilable al de “encargado del edificio” previsto en el citado art. 124, CCAyT.

Por otra parte, y tal como manifiesta la Dra. Weinberg en su voto, en este proceso fueron diligenciadas otras cédulas de la misma forma en que lo fue la notificación impugnada (véase fs. 1838, 1845 y 1849), que no merecieron objeción alguna por parte del accionante, conducta que resulta contradictoria con la impugnación en análisis.

Por estos motivos, considero que la nulidad debe ser rechazada.

3. En cuanto a la redargución de falsedad, el accionante la fundamentó en que las manifestaciones expuestas por el oficial notificador en el acta localizada en el reverso de la cédula (a fs. 1854 vuelta) serían falsas, pues el edificio de Avenida de Mayo 651 no cuenta con personal de “seguridad”.

La explicación razonable brindada por el oficial notificador, en cuanto a que utilizó esa denominación refiriéndose a la función material que desplegaba la persona que recibió la cédula y no al tipo de vinculación jurídica y obligaciones laborales para con el consorcio de copropietarios, permite sostener —como veremos a continuación— que el esfuerzo argumental realizado por el accionante resulta ineficaz para demostrar la “falsedad” de la notificación.

En efecto, la única prueba que ofreció el accionante para acreditar la falsedad del acta de fs. 1854 vuelta, resulta inconducente para resolver este planteo, fue un pedido de informes a la Administración Ruiz, administradora del edificio de Avenida de Mayo 645/651, para que diga *i)* si dicho edificio cuenta con seguridad privada, *ii)* cuántos estudios jurídicos tienen sus oficinas en el edificio, *iii)* el horario que desempeñan los encargados del edificio durante los días hábiles, y *iv)* si los encargados se encuentran facultados para denegar el acceso a los distintos pisos del edificio a un oficial notificador.

En cuanto al primer punto, aún cuando se demostrara la inexistencia de un servicio de “seguridad privada” que preste tareas en el edificio, ello no resulta suficiente para invalidar la notificación en virtud del amplio alcance que le quiso conferir el oficial notificador al término “seguridad de edificio”, comprensivo de cualquier empleado del consorcio que franquee el acceso en el hall de entrada. Y las restantes tres requisitorias apuntan a recolectar información insustancial para resolver esta controversia, porque no permiten demostrar que sea falso que personal del edificio haya recibido la cédula.

Existían otras pruebas más idóneas que hubieran permitido corroborar los planteos del actor, como por ejemplo un pedido de informes a la administradora del edificio para que indique si los encargados del edificio estaban habilitados para recibir cédulas dirigidas a unidades funcionales del inmueble, o incluso que se cite a brindar declaración testimonial a los encargados del edificio para que expliquen cómo era el procedimiento de recepción de cédulas en el edificio, y si recordaban haber recibido esta cédula en particular. Pero ninguna de estas posibles probanzas fue ofrecida por el impugnante.

Por lo tanto, considero que el impugnante no logró, ni siquiera intentó seriamente demostrar la falsedad del instrumento público atacado (notificación de fs. 1854), y en consecuencia no logró desvirtuar la plena fe que brinda sobre la existencia material de los hechos que el oficial notificador afirma haber cumplido personalmente (conf. art. 993, Cód. Civil), por lo que el planteo de redargución de falsedad tampoco puede prosperar.

4. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar el incidente de nulidad y de redargución de falsedad deducidos por Telefónica de Argentina S.A., con costas a la vencida (art. 62, CCAyT), y consecuentemente declarar desierto el recurso ordinario de apelación de la actora por no haber presentado en término el memorial de agravios (art. 39 de la ley 402).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Telefónica de Argentina S.A. plantea la nulidad de la notificación practicada mediante cédula diligenciada el 07/2/2014 que puso los autos a su disposición a fin de que presentara el memorial de agravios correspondiente al recurso ordinario de apelación por ella interpuesto, que fuera concedido por la Cámara. Asimismo, la empresa redarguye de falsa la información consignada en el reverso de la referida cédula, obrante a fs. 1854 vuelta.

2. En cuanto al planteo de nulidad, los fundamentos expuestos por la Sra. jueza de trámite en el punto 2, párrafos primero a tercero de su voto, me llevan a adherir a la solución que propone.

3. En lo relativo a la falsedad atribuida al contenido del acta labrada al dorso de la cédula de fs. 1854, la prueba ofrecida por la actora a fs. 1887 vuelta es inconducente a ese fin.

La accionante ofreció que se librara oficio a la “Administración Ruiz”, para que en su carácter de administrador del edificio sito en Avenida de Mayo 645/651, informara acerca de la existencia o no de seguridad privada, horario de servicio de los encargados del edificio, facultades con las que ellos cuentan para denegar o no el acceso a los distintos pisos y cantidad de estudios jurídicos con oficinas en el edificio.

Cualquiera fuera la respuesta que pudiera brindar la “Administración Ruiz”, esta no sería eficaz para acreditar la denunciada falsedad de las manifestaciones del oficial notificador. Cuanto más, si aquella fuera consistente con lo afirmado por Telefónica de Argentina S.A. se demostraría que el edificio no cuenta con “seguridad privada”. Sin embargo el acta no hace referencia a ello (solo se refiere a “Sr. seguridad”), y el oficial notificador ha explicado razonablemente el uso que dio a la expresión (fs. 1893, punto II). Por otra parte, conocer el horario del encargado tampoco probaría que la cédula hubiera sido recibida por personal ajeno al consorcio de propietarios del edificio. Por hipótesis, si el recurrente hubiese ofrecido el testimonio de quienes prestan las funciones de encargado, tal vez se hubiese ilustrado al Tribunal sobre la forma en que usualmente se realiza el acceso a las plantas, las entregas de documentación, las instrucciones de los propietarios, las indicaciones de la administración, en suma: las normas y los usos en el edificio en el que se practicó la diligencia.

Tal como lo sostuve al votar en “Lewinson, Julio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Lewinson, Julio c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa’”, expediente n° 5948/08, sentencia del 23/3/2009, “[d]icha carga pesaba sobre el accionante por dos razones. En primer lugar, por imperio del art. 301 del CCAyT. En segundo lugar, porque al gozar los actos del notificador de presunción de regularidad y plena fe, incumbía al [incidentista] desvirtuar dicha presunción. Como señala Palacio, ‘por tratarse [el diligenciamiento de una cédula] de un acto ejecutado por un funcionario público en ejercicio de facultades legales, las manifestaciones consignadas por aquel tanto en el original de la cédula como en su copia equivalen a las mencionadas por el art. 993 del Cód. Civ. en relación con los instrumentos públicos, de manera tal que, hasta tanto no sea declarada su falsedad, hacen plena fe acerca de la existencia material de los hechos que el notificador afirma haber cumplido personalmente.’ (PALACIO, Lino E.: *Derecho procesal civil*. LexisNexis-Abeledo Perrot, 1999)”.

Por fin, el incumplimiento por parte de la accionante con la carga probatoria arriba apuntada impone tener por cierto el contenido del acta labrada por el oficial notificador al diligenciar la cédula de fs. 1854 y rechazar la redargución de falsedad intentada.

4. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el incidente de nulidad y la redargución de falsedad deducidos por Telefónica de Argentina S.A., con costas, y declarar desierto el recurso ordinario de apelación concedido por no haber presentado la actora el memorial de agravios en el plazo fijado (art. 39, ley 402).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Asiste razón a Telefónica en cuanto sostiene que la cédula agregada a fs. 1854 no ha sido diligenciada con apego a las reglas que establece el CCAyT; razón por la cual corresponde decretar su nulidad.

En efecto, asumiendo como hipótesis de análisis que las constancias insertas por el oficial notificador a fs. 1854 vuelta son veraces, ellas no indican que se hubiera dado cumplimiento a una diligencia de notificación que satisfaga los recaudos del art. 124 del CCAyT, por lo que no se puede tener a esa notificación por concretada (conf. la doctrina de mi voto in re “Cano, Osvaldo Rodolfo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Cano, Osvaldo Rodolfo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 4368/05, sentencia de este Tribunal del 21/6/2006, entre otros).

2. La forma en que resuelvo torna innecesario tratar la redargución de falsedad planteada por Telefónica.

Por ello, voto por decretar la nulidad de la notificación de fs. 1854 y de todo lo actuado con posterioridad; y, tener por presentado en tiempo oportuno el memorial de fs. 1856/1888 vuelta. Costas a la vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto el desarrollo y la solución que propicia mi colega Luis F. Lozano en el sentido de admitir el planteo de nulidad de la notificación de fs. 1854 y vuelta articulado por la parte actora.

2. El examen de la pieza cuestionada y de la presentación del oficial notificador obrante a fs. 1893/1895, conduce a concluir que la notificación practicada con fecha 7/2/2014 (cédula obrante a fs. 1854 y vuelta) resulta inválida. Asimismo, se observa el concreto perjuicio irreparable que ello ocasiona a la accionante en tanto, al no haber cumplido con su finalidad propia, difícilmente pudo tomar debido conocimiento del auto de fecha 19/12/2013 mediante el cual se pusieran las actuaciones a disposición en la Mesa de Entradas del Tribunal para que, en el plazo de diez días, presentara el memorial contemplado en el art. 39, párr. 2°, de la ley 402.

Ello así, más aún, cuando la nulidad alegada se refiere a una notificación cursada a la recurrente desde este Estrado.

3. En dicho marco —y en consonancia con el criterio que sostuve al emitir mi voto en las causas “Cano, Osvaldo Rodolfo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Cano, Osvaldo Rodolfo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 4368/05, sentencia del 21/6/2006; “Lewinson, Julio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Lewinson, Julio c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa’”, expte. n° 5948/08 sentencia del 23/3/2009; y, más recientemente *in re*: “Empresa Constructora Delta S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/Delmas S.A. s/ej. fisc. Ingresos brutos (reservado)’”, expte. n° 8701/12, sentencia del 3/10/2012—, desde mi punto de vista, la ineficacia de la diligencia objetada se deriva de la *falta de observancia estricta* de las previsiones contenidas en el art. 124 del CCAyT.

La aludida disposición legal exige que “(c)uando el/la notificador/a no encuentre a la persona a quien va a notificar, debe entregar la cédula a otra persona de la casa, de-

partamento u oficina, o al/la encargado/a del edificio, y proceder en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarla, debe fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares”.

En el *sub examine*, si bien el informe de fs. 1854 vuelta hace constar que la cédula fue entregada al “Sr. seguridad de edificio”, lo cierto es que de allí no surge que le haya resultado imposible notificarla a su destinatario concreto, o a una persona de la casa, departamento u oficina. Recién luego, y *dejando debida constancia de las razones que justificaban la imposibilidad de practicar la diligencia bajo las apuntadas modalidades*, podía proceder a entregar el instrumento al encargado del edificio. Sin embargo, ningún desarrollo surge del reverso de la cédula que permita tener por acreditado que lo sucesivos pasos legales fueron respetados por el agente notificador.

4. En ese contexto, no puede perderse de vista que la cuestión planteada en el *sub examine* tiene vinculación directa con el derecho de defensa de la parte recurrente (arts. 18, C.N. y 13.3, CCABA), de modo que se halla justificado un estricto escrutinio respecto del instrumento en cuestión. Es que, solo una correcta notificación garantiza el acceso e ingreso a la *tutela judicial efectiva*, concretando el principio de *interdicción de la indefensión*, tal como lo ha resaltado el catedrático Joan Pagés i Galtés de la “Universitat Rovira i Virgili”, Tarragona–Reus —conf. *La codificación en materia de notificaciones tributarias*, parágrafo 5: “Conclusiones”, Revista Argentina de Derecho Tributario, n° 3, pp. 641 y ss., en particular ps. 691 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2002— (conf. mis votos en las causas citadas en el apartado precedente).

5. La conclusión a la que arribo no se ve desplazada por el hecho de tratarse de una notificación llevada a cabo por la oficina respectiva del Poder Judicial, pues la circunstancia de ser practicada por un tercero imparcial e independiente no exime a la diligencia de la necesidad de cumplir con los recaudos legalmente establecidos para los actos de notificación, previstos justamente para garantizar que cumplan de modo eficaz la finalidad perseguida (dar razón a la parte de la promoción del proceso para que pueda ejercitar el derecho de defensa).

6. No obsta a la conclusión a la que arribo el hecho de que otras notificaciones realizadas en la presente causa y dirigidas a la empresa actora, siguiendo la misma modalidad, le hubieran permitido ejercer tempestivamente los actos procesales respectivos. Ello así, por dos órdenes de consideraciones: la primera, que independientemente de la inobservancia de las formas, la notificación en casos anteriores pudo haber cumplido su finalidad propia; la segunda, que ello también pudo haber acaecido en razón del ejercicio diligente de la compulsa de las actuaciones.

7. El abordaje precedente de la cuestión debatida me exime de realizar consideraciones en torno a si debe entenderse que el “Sr. Seguridad de edificio”, a quien se le entregó la cédula de fs. 1854 y vuelta, resulta equiparable al “encargado/a” a que refiere el apuntado art. 124 del CCAyT; así como me releva de desplegar consideraciones con relación a la redargución de falsedad articulada por Telefónica de Argentina S.A. en su presentación de fs. 1856/1888 vuelta

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, entiendo que corresponde decretar la nulidad de la cédula obrante a fs. 1854 y vuelta y de todo lo actuado con posterioridad; tener por presentado en tiempo y forma el memorial de agravios de fs. 1856/1888 y vuelta; disponer que sigan los autos según su estado; con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el incidente de nulidad y la redargución de falsedad planteados por Telefónica Argentina S.A., con costas.

2°. *Declarar* desierto el recurso ordinario de apelación interpuesto por Telefónica Argentina S.A.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXIV - MINISTERIO PÚBLICO DE LA CABA - FISCALÍA DE CÁMARA OESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ABALLAY, OSVALDO DELIO S/ART. 1472:111 CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: procedencia. Suspensión del juicio contravencional a prueba.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.927/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Oeste interpuso recurso de queja (fs. 85/93) contra el pronunciamiento de la Sala III (fs. 80/84) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que revocó la resolución de primera instancia, concedió la suspensión del proceso a prueba respecto del Sr. Aballay, a pesar de la oposición de la fiscalía, y dispuso que la jueza de grado fijara las pautas de conducta adecuadas para el caso (fs. 60/63).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que la decisión atacada no era equiparable a una sentencia definitiva y, asimismo, que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. En el recurso directo, el Sr. Fiscal ante la Cámara solicitó que se le diera efecto suspensivo a su queja (fs. 91 vuelta, punto IV). Asimismo, el Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, sostuvo el recurso interpuesto, acompañó el pedido y consideró que correspondía que el Tribunal hiciera lugar a la queja y tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado por la Cámara y que, oportunamente, revocara la resolución cuestionada a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 99/103).

3. La jueza de trámite requirió a las instancias de mérito la remisión de los autos principales correspondientes a esta queja, diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 97 y 104.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO e INÉS M. WEINBERG dijeron:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie*, la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCABA).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso. Excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402).

En este caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re*: “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Correo Oficial de la República Argentina SA s/inf. falta de habilitación y otros’”, expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Hipódromo Argentino de Palermo SA s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—”, expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, el argumento expuesto por el Sr. Fiscal para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que se torne abstracto el tratamiento de los agravios planteados (fs. 92).

2. En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 26, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXV - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA ESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FRASSOLDATI, FRANCO S/ART. 111, CC

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: procedencia. Suspensión del juicio contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF n° 11.191/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Este interpuso recurso de queja (fs. 52/56) contra el pronunciamiento de la Sala I (fs. 48/50) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que revocó la resolución de primera instancia, concedió la suspensión del proceso a prueba respecto del Sr. Frassoldati por el término de doce meses, a pesar de la oposición de la fiscalía, y dispuso que el juez de grado fijara las pautas de conducta adecuadas para el caso (fs. 35/38).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que la decisión atacada no era equiparable a una sentencia definitiva y que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, sostuvo el recurso interpuesto, solicitó que se le diera efecto suspensivo a la queja y consideró que correspondía revocar la decisión recurrida y continuar con la tramitación del caso (fs. 60/65).

3. La jueza de trámite requirió a las instancias de mérito la remisión de los autos principales correspondientes a esta queja, diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 67.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO e INÉS M. WEINBERG dijeron:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie*, la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCABA).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso. Excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402).

En este caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal in re: “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Correo Oficial de la República Argentina SA s/ inf. falta de habilitación y otros’”, expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Hipódromo Argentino de Palermo SA s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—”, expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, el argumento expuesto por el Sr. Fiscal General Adjunto para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que se torne abstracto el tratamiento de los agravios planteados (fs. 64 vuelta).

2. En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 30, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXVI - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA NORTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN DESIMONI, MARIO JORGE S/INFR . ART. 111, CC

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: procedencia. Suspensión del juicio contravencional a prueba.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.870/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Norte interpuso recurso de queja (fs. 77/86) contra el pronunciamiento de la Sala I (fs. 75/76) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que revocó la decisión de primera instancia y concedió la suspensión del proceso a prueba al Sr. Desimoni (fs. 68/70), a pesar de la oposición fiscal.

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que no existía una sentencia definitiva ni una equiparable a tal y que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. En el recurso directo, el Sr. Fiscal ante la Cámara solicitó que se le diera efecto suspensivo a su queja (fs. 85, punto IV). Al tomar intervención, el Fiscal General sostuvo el recurso interpuesto y consideró que correspondía revocar la decisión recurrida y continuar con la tramitación del caso (fs. 210/215).

3. La jueza de trámite requirió a las instancias de mérito la remisión de los autos principales correspondientes a esta queja, diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 209 y 219.

FUNDAMENTOS:

Los señores jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO e INÉS M. WEINBERG dijeron:

La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie*, la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCABA).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La cuestión a decidir en esta oportunidad se limita a la solicitud formulada por el Ministerio Público Fiscal respecto del efecto suspensivo del recurso de queja (conf. fs. 85), que estimo improcedente por la falta de acreditación de razones suficientes para habilitar la excepción que contempla el art. 33 de la ley 402.

Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso. Excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402).

En este caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal in re: “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Correo Oficial de la República Argentina SA s/ inf. falta de habilitación y otros’”, expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Hipódromo Argentino de Palermo SA s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—”, expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

El argumento expuesto por el Sr. Fiscal para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que se torne abstracto el tratamiento de los agravios planteados (fs. 85).

2. En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 30, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXVII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS CHAVEZ, CLAUDIO MARCELO S/ART. 111, CC

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: procedencia. Suspensión del juicio contravencional a prueba.

Expte. SAPCyF n° 11.253/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Fiscal de Cámara interinamente a cargo de la Fiscalía de Cámara Sudeste interpuso recurso de queja (fs. 89/95) contra el pronunciamiento de la Sala I (fs. 83/84) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que revocó la resolución de primera instancia, concedió la suspensión del proceso a prueba respecto del Sr. Chávez por el término de un año, a pesar de la oposición de la fiscalía, y dispuso que la jueza de grado fijara las pautas de conducta adecuadas para el caso (fs. 62/64).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró que la decisión atacada no era equiparable a una sentencia definitiva y, asimismo, que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional.

2. En el recurso directo, el Sr. Fiscal ante la Cámara solicitó que se le diera efecto suspensivo a su queja (fs. 95 vuelta, punto VI). Asimismo, el Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, sostuvo el recurso interpuesto, acompañó el pedido y consideró que correspondía que el Tribunal hiciera lugar a la queja, tratase el recurso de inconstitucionalidad rechazado por la Cámara y que, oportunamente, revocara la resolución cuestionada a fin de poder continuar con el trámite del proceso (fs. 98/102).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, INÉS M. WEINBERG y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La argumentación del recurrente resulta suficiente, en este estado de análisis, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad que viene a defender pues se constata, *prima facie*, la existencia en el caso de una decisión que resulta equiparable a una sentencia definitiva para el Ministerio

Público Fiscal y el planteamiento de un caso constitucional que involucra la interpretación de las reglas que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen sus competencias y atribuciones (arts. 13.3 y 125, CCABA).

Corresponde, en consecuencia, otorgar a la interposición de la queja el efecto suspensivo que se solicita.

2. Además, resulta necesario contar con los autos principales correspondientes a la queja interpuesta, los que deberán ser requeridos a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso. Excepcionalmente este Tribunal puede, mediante resolución expresa, suspenderlo antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja (art. 33, ley 402).

En este caso el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia de este Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re*: “Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Correo Oficial de la República Argentina SA s/inf. falta de habilitación y otros’”, expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Hipódromo Argentino de Palermo SA s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—”, expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

En efecto, el argumento expuesto por el Sr. Fiscal para dar base a su solicitud se agota en la simple referencia genérica a la posibilidad de que se torne abstracto el tratamiento de los agravios planteados (fs. 95 vuelta).

2. En consecuencia, corresponde denegar la petición.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar efecto suspensivo* al recurso interpuesto.

2°. *Requerir* a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas la remisión de todas las actuaciones relacionadas con la suspensión del proceso a prueba dispuesta en los autos principales correspondientes a esta queja.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique a la Fiscalía General y a la defensa y se libre oficio dirigido a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y al Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 8, a fin de poner en su conocimiento esta decisión.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

**DCXXVIII - MINISTERIO PUBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA
S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN
TORRES, BRIAN ALEXANDER S/INFR. ART. 96 - LESIONES EN RIÑA - C.P.**

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Desistimiento del recurso.

Expte. SAPCyF n° 11.039/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General de esta Ciudad y el Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas —en representación de Brian Alexander Torres— acuden en queja (fs. 70/75) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones (fs. 64/68) que, en lo que aquí interesa, declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 52/60. Allí, el Defensor Oficial cuestionaba la revocatoria (fs. 45/49) de la decisión de primera instancia en cuanto había decretado la inconstitucionalidad del párr. 2° del art. 105 del CPPCABA y declarado abstracto el tratamiento de la excepción de falta de acción planteada por la defensa. Para así resolver, el tribunal *a quo* sostuvo que la solución del juez no había sido la adecuada porque el plazo de la investigación penal preparatoria, respecto del imputado Brian Torres, no se hallaba vencido pues había sido intimado del hecho el 27/12/2012 y el requerimiento de juicio era del 17/4/2013, con lo cual, si se descontaba la feria judicial estival, había que concluir que había sido presentado en término. En esas condiciones, entendió que la controversia podría haberse resuelto sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma citada y por esa razón lo revocó.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el Defensor Oficial señaló que la resolución recurrida resultaba equiparable a definitiva porque le generaba un gravamen irreparable al señor Torres al mantener vigente la acción penal en contra de la expresa postura asumida por la defensa y el representante del MPF ante la Cámara de Apelaciones. Agregó que la Cámara también había incurrido en una violación a la garantía de la doble instancia porque, en vez de limitarse a revocar la decisión del juez de grado, se expidió en contra de la excepción de falta de acción y, por último, cuestionó, a la luz del principio de legalidad y de las garantías del debido proceso y del plazo razonable, el descuento del periodo de la feria estival para realizar el cómputo del plazo previsto en el art. 104 del CPPCABA.

3. La Cámara de Apelaciones lo declaró inadmisibile porque entendió que no estaba dirigido contra una sentencia definitiva ni había planteado un caso constitucional.

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, opinó que el Tribunal debía rechazar la queja porque no se había atacado un auto equiparable a definitivo en sus efectos (fs. 80/81).

5. Una vez que las actuaciones se encontraban en estado de ser resueltas (fs. 82), la defensa presentó un escrito desistiendo del recurso de queja oportunamente interpuesto, frente a lo cual la Sra. jueza de trámite le requirió que acompañara la constancia del mandato expreso de su representado para poder hacerlo. Ante ello, el Defensor

General presentó una nota en la que su asistido manifestó su voluntad de no continuar con la vía recursiva oportunamente deducida (fs. 83/84 y 86/87).

FUNDAMENTOS:

Los jueces INÉS M. WEINBERG, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

El desistimiento (fs. 83 y 86/87) presentado por el Defensor General y el Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas cumple con los requisitos establecidos por el art. 274, primer párrafo, CPPCABA (art. 2, ley 402). Por lo tanto, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXIX - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS ORTUONDO, ANTONIO IGNACIO S/INFR. ART. 149 BIS, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Depósito previo. Integración del depósito. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva.

Expte. SAPCyF n° 10.523/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

I. El Defensor General de esta Ciudad —en representación de Antonio Ignacio Ortuondo— dedujo queja (fs. 64/70) contra la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones (fs. 61/62) que rechazó *in limine* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 52/60), a su turno, contra la decisión de esa misma Sala (fs. 45/51) que, en lo que aquí interesa, revocó la resolución dictada por el juez de primera instancia que había hecho lugar a la excepción de falta de acción —por vencimiento del plazo de la investigación preparatoria con afectación de la garantía del plazo razonable— y sobreseído a Antonio Ignacio Ortuondo (fs. 20/26).

Cabe señalar que el hecho atribuido al Sr. Ortuondo como constitutivo del delito de amenazas (art. 149 bis del C.P.) habría ocurrido el 31/8/2011 y el imputado prestó declaración indagatoria, ante la Justicia Nacional de Instrucción, el 15 de noviembre

de ese mismo año. Con posterioridad, la Cámara del Crimen declaró la incompetencia de la justicia nacional y remitió las actuaciones, el 14/5/2012, al fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el Defensor de Cámara señaló que la resolución recurrida resultaba equiparable a definitiva porque le provocaba al imputado un perjuicio actual de imposible reparación ulterior. En concreto, expresó que la Cámara, al revocar la decisión de primera instancia, había desconocido las garantías del debido proceso, defensa en juicio y duración razonable del proceso, así como también el principio de legalidad y el derecho al doble conforme.

3. Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, los integrantes de la Sala I consideraron que aquel no había sido dirigido contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal.

4. El Fiscal General, al tomar intervención (fs. 74/78), opinó que el Tribunal debía rechazar la queja por falta de sentencia definitiva y ausencia de caso constitucional.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402) pero no puede prosperar porque el recurso de inconstitucionalidad, denegado por el tribunal *a quo*, no se articuló contra una “sentencia definitiva” (art. 27, ib.), ni contra un auto, que, por sus efectos y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, pueda ser equiparado excepcionalmente a ella. Esa resolución, por el contrario, se limitó a revocar la decisión anterior en cuanto había admitido un planteo de excepción y hecho lugar a la solicitud de archivo, incoada ante el vencimiento del plazo de la IPP, pero no puso fin al proceso, no impidió su continuación y no es posible extraer de los escuetos desarrollos que expone la defensa que existan circunstancias demostrativas del perjuicio irreparable aludido o de la cuestión constitucional involucrada.

Al respecto, al interponer el recurso denegado y al deducir la queja, la defensa ha omitido hacerse cargo de rebatir los argumentos que sustentaron a las decisiones que impugna y, en consecuencia, prescinde de brindar una explicación seria que vincule a las garantías que genéricamente menciona y lo resuelto por la Cámara. En otras palabras, la defensa fracasa al presentar fundamentos que permitan excepcionalmente equiparar el pronunciamiento a definitivo y también en la exposición de la controversia constitucional que, eventualmente, podría justificar la intervención de este Tribunal, en tanto los argumentos que la defensa planteó solo dejan traslucir: *i)* su disconformidad con la inteligencia dada a reglas rituales, que, en principio, no le incumbe a este estrado analizar; o *ii)* su disconformidad con las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal *a quo* para concluir que el plazo legal máximo de la investigación penal preparatoria no se habría vencido en autos.

En concreto, la argumentación expuesta por la defensa no alcanza a conmovér, por genérica e insuficiente, los motivos por los cuales el recurso de inconstitucionalidad fue rechazado, *in limine*, por el tribunal *a quo*. Ello es así, porque esta presentación directa no contiene una fundamentación sólida y concreta que se vincule necesariamente con la garantía constitucional del “plazo razonable” a la que alude, de manera tal que se torne insoslayable la habilitación de esta vía (de excepción), ni autoriza a presumir que, hasta que en el caso se dicte una “sentencia definitiva”, vaya a transcurrir un lapso tan prolongado que, en sí mismo, resulte capaz de provocarle al involucrado un gravamen que no admita una reparación posterior. Similar defecto es posible predicar

con respecto a la invocación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, del principio de legalidad y del derecho al “doble conforme”, que el recurrente despliega sin desarrollo adicional alguno que justifique su vinculación con lo resuelto —con carácter no definitivo— por los jueces de mérito.

En el caso, la defensa se limitó a formular consideraciones referidas a la interpretación que, a su criterio, debía realizarse con relación a las normas rituales que juegan en la especie, pero, al margen del mayor o menor acierto de su propuesta, no demuestra concretamente que en esta causa exista una dilación injustificada en el trámite del proceso y tampoco explica las razones por las cuales considera que el tiempo efectivamente transcurrido hasta aquí es excesivo para concluir la investigación de una conducta como la ventilada en esta causa (según mi voto *in re* “*Haedo*”, expte. n° 8252/11, sentencia del 4/7/2012; al que me remito en extenso).

Finalmente, refuerza aún más mi convicción el hecho de que la CSJN recientemente ha desestimado diversas quejas interpuestas a fin de lograr la revisión de planteos relativamente similares a los que ha propuesto en autos la defensa [conf. recursos de hecho deducidos por los Defensores Oficiales en los autos “Gareca, César Luis s/ inf. art. 189 bis, C.P. —causa n° 9159/12—” (G.916.XLIX, 10/12/2013); “Gamboa, Juan Carlos s/inf. art. 150, C.P. —causa n° 8882/12—” (G.449.KLIX, 17/12/2013); e, incluso, “Franco, Fernando Gastón s/inf. art. 189 bis, C.P. —causa n° 7710/10—” (F.671.XLVII, 18/9/12)].

2. En mérito a lo expuesto, corresponde *rechazar* el recurso de queja e *intimar* al recurrente, para que, dentro del quinto día de notificado de este pronunciamiento, haga efectivo el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402 o acredite, concretamente, los extremos que justifiquen su exención.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), sin embargo, no puede prosperar.

2. Este Tribunal ha dicho reiteradamente que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso no reúnen, por regla, el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402 (“Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—’”, expte. n° 3338/4, resolución del 01/12/04, entre muchos otros).

Además, el recurrente no ha demostrado que la decisión cuestionada —que revocó la resolución que había hecho lugar a la excepción de falta de acción opuesta por la defensa y decretado el sobreseimiento del imputado— pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. En ese sentido, la defensa no ha logrado conectarla con garantías que requieran de una tutela inmediata por parte de este Tribunal (véase, entre otros, *mutatis mutandi* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benitez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007).

3. En efecto, tal como lo expone en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, que en lo sustancial comparto, al margen del acierto o error de la interpretación desarrollada por los jueces del caso, lo cierto es que la defensa no ha logrado demostrar la relación entre las garantías que invoca y la decisión que cuestiona. En la queja se propone otra interpretación posible de las reglas procesales locales aplicadas al caso y una diversa valoración de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta

en la resolución recurrida, sin que se demuestre que la cuestión exceda el ámbito que es propio, por regla, de los jueces de mérito. En definitiva, de lo que se trata es de la interpretación de preceptos de rito, de naturaleza infraconstitucional (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/inf. art. (s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/infr. art(s) 129, 1° párr., exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/2011, y sus citas, y más recientemente, “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Gamboa, Juan Carlos s/inf. art. 150 C.P., violación de domicilio’”, expte. n° 8882, resolución del 13/3/2013 e “Incidente de apelación en autos Veira, Marcelo Daniel s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9714/13, resolución del 15/4/2014).

4. Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re*: “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczyk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—”, expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 437 y ss.; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La presente queja, aunque fue interpuesta en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), no puede prosperar.

La sentencia de Cámara, que revocó la resolución de grado en cuanto decidió hacer lugar a la excepción de falta de acción y sobreseer al imputado, no es definitiva conforme lo dispone el art. 27 de la ley 402. Además, no se ha acreditado que ponga en vilo una garantía constitucional o federal que requiera una tutela inmediata.

2. Las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido al proceso, en principio, no reúnen carácter de sentencia definitiva. Tampoco es asimilable a tal en tanto no pone fin al proceso, no impide su continuación ni se demuestra un gravamen de imposible reparación ulterior (*Fallos*, 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre otros).

El agravio referido a la vulneración de la garantía de plazo razonable de duración del proceso penal aparece, en el caso, como una mera afirmación genérica que no se corresponde con la cuestión decidida en autos.

Del legajo no surge una dilación indebida en la tramitación del proceso, pues desde su ingreso al fuero local (14/5/2012), la actividad procesal fue constante: *i*) las partes arribaron a un acuerdo de mediación y en consecuencia el fiscal dispuso el archivo de las actuaciones (3/8/2012); *ii*) posteriormente, a instancias del querellante, el Fiscal de Cámara dispuso el desarchivo (24/10/2012); y *iii*) planteada la incompetencia del fuero local para intervenir, fue rechazada por el juez de grado (11/12/2012).

Tampoco es dable colegir que, hasta que se dicte una sentencia definitiva, vaya a transcurrir un plazo excesivo. Ello así toda vez que el fiscal y la querella solicitaron la remisión de la causa a juicio (05/4/2013 y 17/4/2013, respectivamente (conf. fs. 5/9 y 10/11).

3. Los motivos de agravio de la defensa solo proponen una interpretación diferente de las normas procesales involucradas, sin lograr demostrar que los jueces hubieran fallado con desapego al texto de la ley. Además, son insuficientes para demostrar una lesión a los principios y garantías constitucionales que rigen en la interpretación de la ley penal (conf. “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aguirre, Edgardo Gable s/inf. art. 1 LN 13.944 (Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar)”, expte. n° 9381/12, resolución del 06/11/2013.

4. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 64/70 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido un beneficio de litigar sin gastos. Si bien la defensa oficial alega la inconstitucionalidad de su exigencia porque afectaría la garantía de acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso, lo cierto es que su planteo carece de toda vinculación con el caso concreto, pues la intimación al pago del depósito se efectiviza recién ahora, esto es, al momento de decidirse la queja y no antes, como requisito de admisibilidad. De ese modo, el Tribunal ha garantizado la tutela judicial efectiva del imputado Ortuondo.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La decisión de Cámara recurrida dispuso, en lo que ahora importa, “revocar la resolución en crisis, obrante a fs. 242/8, en cuanto declaró extinguida la acción penal para investigar la conducta aquí ventilada y en cuenta sobreseyó a Antonio Ignacio Ortuondo de la imputación que se le formula en el presente proceso” (conf. fs. 51 vuelta). Esa decisión, por no poner fin al pleito ni impedir su continuación, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402.

La defensa, por su parte, sostiene que corresponde que sea equiparada a una definitiva porque compromete la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la del doble conforme (conf. el punto 2 de los “Resulta”). Pero, luego de dicho ello, los agravios que desarrolla en su recurso apuntan, exclusivamente, a cuestionar el modo en que la Cámara interpretó los arts. 104 y 105 del CPP para concluir que no había vencido el plazo de investigación que esas normas regulan (conf. fs. 56/60). En particular, la defensa discute la interpretación de la Cámara con arreglo a la cual el mencionado plazo comienza a computarse, en los casos que han tenido inicio ante los tribunales nacionales, “...a partir de que las actuaciones ingresaron al fuero” (conf. fs. 48); y, su duración es de un año, aun cuando no hubiera mediado un pedido de prórroga del MPF. La defensa recurrente sostiene que ambas interpretaciones están en oposición al texto del art. 104 del CPP (conf. fs. 56/59).

En ese marco, no cabe más que recordar la doctrina inveterada de la CSJN, sentada para un recurso de similares características al intentado, con arreglo a la cual la tacha de arbitrariedad no supe el requisito de sentencia (conf. *Fallos*, 327:4951), cualquier hubiera sido el mérito de la decisión de la Cámara [vale destacar que acerca de los alcances del art. 104 y 105 del CPP he tenido oportunidad de expedir *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matías s/infr. art. 149 bis, C.P.’”, expte. n° 8252/11, resolución del 4/7/2012 y “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Cuello, Gustavo Daniel s/infr. art(s) 150, violación de domicilio, C.P. (p/L 2303); 149 bis, amenazas, C.P. (p/L 2303)’” expte. n° 9206/12, resolución del 7/5/2014, entre muchos otros].

2. La forma en que se resuelve, rechazar la queja, torna innecesario expedirse en orden al trámite que la Cámara le dio al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, esto es, haber omitido sustanciarlo con carácter previo a expedirse acerca de su admisibilidad.

Por lo expuesto, voto por rechazar la presente queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso directo interpuesto por el Sr. Defensor General es formalmente admisible y contiene una crítica fundada y acertada del auto denegatorio (conf. el art. 33 de la ley 402).

El recurrente, respondió adecuadamente a la denegación del recurso de inconstitucionalidad sustentada en la ausencia de sentencia definitiva o resolución equiparable, al sostener que la interpretación y aplicación de las normas relativas a la duración del proceso efectuada por la judicatura generaban un perjuicio de imposible reparación futura y que tratándose de la garantía a obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable, la continuidad misma del proceso podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (fs. 66 vuelta)

También rebatió fundadamente el rechazo del recurso intentado en tanto el *a quo* consideró que no se había planteado en el remedio intentado un verdadero caso constitucional. Para ello, el Defensor General precisó en la crítica un conjunto de agravios concretos que se derivan de la interpretación que la Sala I ha efectuado de las normas procesales penales que regulan los plazos de duración de la investigación penal preparatoria, reglamentarias de la garantía de plazo razonable (fs. 68/68vuelta), acreditando en forma suficiente que existe en el caso cuestión constitucional que habilita la intervención de este Tribunal.

Por ello, cabe *admitir* el recurso directo, conforme la doctrina *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001.

2. El tratamiento de los agravios articulados supone el examen de la resolución recurrida.

La Sala I en virtud del recurso interpuesto por la querrela, revocó la resolución del Juez de Grado que había decidido que en el caso se había configurado una violación a la garantía de plazo razonable. Para así decidir, el Tribunal *a quo* a fs. 49/ 51 vuelta, sostuvo que los plazos previstos en el art. 104 CPPCABA no son perentorios ni son reglamentarios de la garantía de plazo razonable y que la ausencia de solicitud de prórroga vencido el plazo previsto por la norma no conduce al archivo automático de las actuaciones. Adicionalmente, la Sala I sostuvo que el plazo máximo de investigación

previsto en el CPPCABA es de un (1) año, de carácter perentorio pero que en el caso que nos ocupa el mismo no se había agotado.

La defensa en su recurso de inconstitucionalidad sostuvo los siguientes agravios constitucionales como resultado de dicha resolución:(fs. 58 vuelta): *I. Violación del principio de legalidad a través de una interpretación contra legem y en contradicción con el principio interpretativo de pro homine y II. Afectación de la garantía de plazo razonable y el debido proceso.*

3. Asiste razón al planteo de la Defensa con respecto al primer agravio invocado. La interpretación de la Sala I se aparta del texto de los arts. 104 y 105, CPPCABA, en contradicción con la exigencia de interpretación estricta derivada del principio de legalidad.

Este apartamiento se constata en la resolución impugnada tanto en cuanto se considera a los plazos del art. 104, CPPCABA como meramente ordenatorios así como también al concluir que ante el incumplimiento de las formalidades establecidas por la norma para prorrogarlos, a lo sumo podría acarrear consecuencias de carácter administrativo (conf. resolución de Sala I a fs. 49).

En efecto, el art. 104, CPPCABA establece que si fuera necesario prorrogar el tiempo de investigación, el fiscal debe solicitar la prórroga y que la concesión está sujeta a un juicio de procedencia que efectúa un tercero, un fiscal superior o un juez según corresponda. No hay en el orden procesal local ninguna otra norma que permita considerar la posibilidad de una prórroga automática, tácita o implícita.

Así como el art. 105, CPPCABA es taxativo al indicar que corresponde el archivo cuando vencidos los términos del art. 104 el acusador no ha adoptado criterio procesal alguno, la posibilidad de extender ese plazo también está taxativamente contemplada en la normativa mediante mecanismos de prórroga y/o suspensión (conf. art. 104 CPPCABA) y no pueden ser dejadas sin efecto por vía interpretativa.

En ese sentido, carece de razonabilidad la interpretación desde la perspectiva del principio *pro homine*. Al respecto, es preciso recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —obvia consecuencia del principio de legalidad material que constituye una garantía constitucional— impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo (conf. mi voto en “F., F. G.”, expte. 7710, resuelto el 11/10/2011).

4. En cuanto a la afectación de la garantía de plazo de razonable, me he pronunciado reiteradamente al respecto al sostener que el mandato contenido en el art. 104 del CPPCABA tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y es la propia ley la que establece, en el art. 105 del CPPCABA, que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional, sino que el mero transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria (conf. mi voto en el expte. n° 7710/10, “F.F.G.” Decisión del 11/10/2011, expte 8378/11 “De los Santos”, resuelto el 18/4/2012, entre otros).

Entiendo, siguiendo a Daniel Pastor, que “[e]l plazo razonable es un derecho fundamental del acusado que no está previsto para ordenar la secuencia armoniosa y ordenada del procedimiento, sino para garantizar que él no sufrirá la incertidumbre del proceso más allá de un tiempo aceptable” (*El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 438).

En este caso, entre la intimación del hecho a través del acto de indagatoria en los términos del art. 294 del Código Procesal Penal de la Nación ocurrida el 15/11/2011

y la fecha de solicitud de remisión a juicio efectuada por el Ministerio Público Fiscal el 5/4/2013 en los términos del art. 206 y cc. del Código Procesal local y el 17/4/2013 por la querrela, transcurrió un año, cuatro meses y 21 días, lo cual ha agotado todos los plazos establecidos para la investigación (conf. mi voto en “Ministerio Público — Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Recurso de inconstitucionalidad en autos Urrunaga Sobrino, Peter Jhon y otros s/inf. art. (s) 150, violación de domicilio —C.P.—, resolución del 4/7/2012.

5. Por todo lo expuesto voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, ordenar el archivo de las actuaciones.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto.

2°. *Intimar* al recurrente a que en el plazo de 5 días integre el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXX - INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS CALOS, MARIANO S/ART. 111, CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO⁹⁷

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Cuestión constitucional. Resoluciones equiparables a definitiva. Declaración de inconstitucionalidad: improcedencia. Proceso contravencional. Principio de inocencia. Juicio previo. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Facultades del juez: alcances. Reglas de conducta. Extinción de la acción contravencional. Conducir en estado de ebriedad. Código de Tránsito y Transporte. Sistema de evaluación permanente de conductores. Scoring. Descuento de puntos. Sanciones administrativas. Poder de policía.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.787/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

⁹⁷ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expediente n° 9760/13, como parte integrante del voto del juez José O. Casás, en este tomo, p. 3532.

RESULTA:

1. La titular de la Fiscalía de Cámara Sudeste dedujo el presente recurso de inconstitucionalidad (fs. 69/71) contra la resolución de la Sala I del día 09/12/2013 (fs. 59/62) que revocó el punto II del pronunciamiento de primera instancia, en cuanto ordenó la comunicación al Poder Ejecutivo de la CABA para que adoptara las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte (fs. 33/35) y, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la fiscal de Cámara sostuvo que la resolución impugnada era equiparable a una sentencia definitiva y que era arbitraria por apartarse del texto positivo y carecer de fundamentación normativa adecuada. Asimismo denunció que la Sala I —a través del voto mayoritario— violentó el principio de legalidad, la división de poderes, la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley. Por otra parte, la recurrente también se agravió porque lo resuelto en el caso por la Cámara se aparta de la jurisprudencia de este Tribunal sobre esta misma cuestión.

La Sala I, en virtud de lo resuelto por este Tribunal en el precedente “Martínez Valea” (expte. n° 8341/11) declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 78/79).

3. El Fiscal General, al tomar la intervención requerida en el caso, propició que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad y que se dejara sin efecto el pronunciamiento atacado, al entender que la comunicación prevista en el art. 45, último párrafo, del CC no afecta garantía constitucional alguna (fs. 87/90).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad planteado por la integrante del Ministerio Público Fiscal ha sido correctamente concedido. Los planteos que la recurrente desarrolla en su presentación ponen de resalto la existencia de una discusión constitucional y —con independencia del acierto o error de la oportunidad en la que ha sido declarada la inconstitucionalidad del art. 45, *in fine*, del CC— lo concreto es que la manera en que fue resuelta la discusión suscitada justifica que este Tribunal ejerza, al respecto, las funciones que le confiere el art. 113.3, CCABA (véase, *mutatis mutandi*, el Tribunal en autos “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Del Tronco, Nicolás s/infr. art. 184 inc. 5 —C.P.—’” expte. n° 6784/09 y su acumulado, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Del Tronco, Nicolás s/infr. art. 184 inc. 5° —C.P.—’”, expte. n° 6785/09, resolución del 27/9/2010 y sus citas).

2. Ahora bien, tal como lo afirman todos los integrantes del Ministerio Público Fiscal que han intervenido en autos, este Tribunal ya se ha expedido en el caso “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, —CC—’” (expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/12), a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente.

3. Sin perjuicio de la remisión realizada en el apartado anterior resulta conveniente reiterar varias de las apreciaciones vertidas en ese precedente.

En aquella oportunidad, consideré que los jueces de la Cámara que formaron mayoría para declarar la inconstitucionalidad del último párrafo del mencionado art.

45, no expusieron una argumentación sólida y consistente que permita concluir que la notificación al Poder Ejecutivo de la suspensión del proceso a prueba importe *per se* una lesión a la garantía del juicio previo y al principio de inocencia, ni que importe la aplicación de una sanción a una persona inocente, respecto de un hecho cuya materialidad no hubiera sido acreditada o cuya responsabilidad no le hubiera sido atribuida.

Algo similar sucede en estas actuaciones, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad resuelta persigue conjurar un supuesto perjuicio de manera preventiva y abstracta sobre la base de una argumentación endeble. En efecto, la mera lectura del precepto invalidado alcanza para concluir que la función del Poder Judicial se agota en su deber de *notificar* la sentencia o la resolución que declare la extinción de la acción, pero que no es su función adoptar *medida administrativa* alguna respecto al puntaje del conductor. Por lo tanto, la notificación judicial en principio no resulta apta *per se* para surtir efecto lesivo alguno, sino que será, eventualmente, el comportamiento de la Administración que reciba esa comunicación judicial el que podría conllevar —o no— la adopción de alguna *medida administrativa* concreta respecto al descuento de puntos de quienes prefieran resolver sus procesos a través de una suspensión del proceso a prueba.

No obstante, aquella potencial disminución en el puntaje pertinente no puede ser corregida de manera oblicua y anticipada por el Poder Judicial, en tanto a este solo le incumbe notificar lo resuelto en sede judicial, o, por caso, efectuar la hipotética “revisión” judicial (art. 11.1.3, Anexo I de la ley 2148) de lo resuelto en sede administrativa si en todo caso se llegase a “la pérdida total de puntos”; “revisión” que, además, una vez impulsada por el conductor interesado “tendrá efecto suspensivo”. Lo expresado basta para advertir que la declaración de inconstitucionalidad, resuelta por los jueces intervinientes, ha importado un exceso jurisdiccional que desorbitó la función judicial y ha puesto en crisis el principio de división de poderes y la asignación de roles legalmente prevista para estos supuestos, en tanto se ha obturado cualquier actuación del GCBA, para que —con acierto o con error— pueda desplegar su poder de policía en orden al contralor del tránsito y transporte y en cuanto a las condiciones de vigencia a las que ha sujetado las licencias que expide.

Simultáneamente, las personas que deciden libremente someterse a una suspensión del proceso a prueba conocen y aceptan previamente —sin que sea necesario ningún recordatorio de aquello que se presume conocido y surge de la propia regulación—, que, en el supuesto de que acuerden con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso respecto de cualquiera de las contravenciones de tránsito contempladas en el citado art. 45, *in fine*, en la oportunidad en que corresponda se procederá a comunicar a la UACF el cumplimiento de lo acordado. Ello así, toda vez que el eventual descuento de puntos en el registro pertinente se encuentra establecido, en los casos de suspensiones del proceso a prueba —cumplidas—, como una consecuencia administrativa y accesoria por el Código de Tránsito y Transporte local.

En este orden de ideas, no hay motivos suficientes para concluir que el régimen de la suspensión del proceso a prueba ideado por el legislador de la CABA —en el cual el presunto contraventor acepta un conjunto de cargas o reglas de conducta, consecuencias sobre las condiciones de vigencia de su licencia de conducir y beneficios— se integre con “*sanciones*” de alguna clase (art. 21 y ss. del CC) y, además, cobra relevancia aquí que se trata de un régimen alternativo que requiere un acto de voluntad de quien elija someterse a él, a través de su expresa pretensión de acatarlo; acatamiento inequívoco que, a su vez, determina la improcedencia de toda impugnación simultánea o ulterior del régimen legal con base constitucional, porque, afirmar lo contrario significaría reconocer la incongruente pretensión de que se preste la conformidad limitada a los be-

neficios del régimen pero al mismo tiempo se formulen reservas en cuanto a su estricta aplicación o a los efectos derivados de ella.

4. En mérito a lo aquí expuesto, voto por: *i) hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; y *ii) revocar* el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido porque la Fiscal de Cámara cuestiona la invalidación por parte de los jueces del art. 45, *in fine*, CC y no existe otra oportunidad para que este Tribunal se expida sobre la validez de la regulación legal allí establecida.

2. Los jueces de la Sala I, al declarar, por mayoría, la inconstitucionalidad del art. 45, *in fine*, CC, sostuvieron que la notificación al Poder Ejecutivo en casos de suspensión de juicio a prueba, para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte que resultarían aplicables en el caso de que recayera condena, afectaba el principio de inocencia, el debido proceso y la defensa en juicio, por no haberse llegado a determinar la culpabilidad del imputado en un proceso judicial previo, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

3. El art. 45 del CC establece que en ciertos casos el imputado de una contravención puede acordar con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso a prueba, sin que ello implique admitir su responsabilidad. Cumplidas las reglas de conducta impuestas por el Juez, la acción contravencional se extingue. Dicho artículo además regula: “La suspensión del proceso a prueba no obstará a que en los casos previstos en los arts. 111, 112 y 114 del Título IV, Capítulo III de este Código el juez contravencional notifique al Poder Ejecutivo para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena”.

4. En autos, el proceso contravencional se inició al Sr. Mariano Calos por presuntamente haber conducido un vehículo con una dosis de alcohol en sangre superior a la permitida, el día 22/5/2013 alrededor de las 02.17 hs. en la intersección de la calle Cerrito y Av. Corrientes, de esta ciudad, supuesto encuadrado en el art. 111 del CC. El juez de primera instancia hizo lugar a la suspensión del proceso a prueba acordada por las partes, por el plazo de seis meses y dispuso que una vez firme la extinción de la acción se practicara la comunicación al Poder Ejecutivo para que se adopten las medidas administrativas que correspondan (fs. 33/35).

5. La cuestión ventilada en autos no resulta novedosa. En “Galbiati, Marcelo Fabio s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC, s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9482/13, resolución del 23/12/2013, entre otros precedentes, a los que me remito en honor a la brevedad, este Tribunal ha sostenido que la comunicación del art. 45, CC *in fine* es constitucional, dado que no vulnera la garantía de juicio previo ni el principio de inocencia.

La sentencia emitida, por mayoría, por la Sala I desconoce abiertamente la jurisprudencia de este Tribunal que ha establecido que la norma es constitucional. El principio de economía procesal debe guiar la actuación de los tribunales y, tal como es doctrina de la CSJN, los tribunales inferiores tienen el deber moral de seguir los lineamientos fijados por los tribunales máximos, con excepción del supuesto en que los primeros aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por

estos últimos (CSJN, “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094, 1985), lo que no ocurrió en el *sub judice*.

6. Por último, es dable reiterar aquí que la suspensión del juicio a prueba es un modo alternativo de resolución de conflictos al que el imputado se somete de manera voluntaria. El mismo trae aparejadas determinadas cargas (o reglas de conducta), eventuales consecuencias (como el descuento de puntos y los hipotéticos efectos sobre las condiciones de vigencia de las licencias de conducir en el ámbito de esta Ciudad) y también beneficios, en la medida en la cual se evita la celebración de un juicio y el dictado de una posible condena. Cuando un imputado acuerda con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso, como ocurrió en el presente caso, *acepta voluntariamente* dicho conjunto de cargas, consecuencias y beneficios. Afirmar lo contrario significaría reconocer la incongruente pretensión de que los presuntos contraventores presten su conformidad limitada a los beneficios del régimen jurídico establecido y — al mismo tiempo— formulen reservas en cuanto a su estricta aplicación o a los efectos derivados de aquella aplicación.

En virtud de todo lo antedicho, el recurso interpuesto debe prosperar.

7. Por lo expuesto, voto por: i) *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; ii) *revocar* la resolución dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, obrante a fs. 59/62.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El debate en el *sub lite* resulta análogo al tratado por el Tribunal *in re* “Galbianti, Marcelo Fabio s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9482, resolución del 23/12/2013. En ese marco, por las razones que di en esa oportunidad, a las que me remito, voto por i) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; ii) revocar la sentencia de Cámara de fs. 59/62 vuelta.; y iii) ordenar realizar la notificación prevista en el art. 45 *in fine* del CC.

2. Vale aquí recordar la doctrina de la CSJN, *mutatis mutandi* aplicable a los precedentes de los tribunales cimeros de los poderes judiciales organizados a la manera del federal, con arreglo a la cual “...no obstante que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (confr. doc. de *Fallos*, 25:364). De esa doctrina, y de la de *Fallos*, 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (conf. causa: ‘Balbuena, César Aníbal s/extorsión’, resuelta el 17/11/1981)” (conf., entre otras, la sentencia publicada en *Fallos*, 307:1094). En ese orden de ideas, y de manera aún más severa, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que la doctrina que surge de sus sentencias no puede ser desconocida ni por el Poder Legislativo, ni por el Ejecutivo, ni por el Judicial (conf. la sentencia publicada en 358 U.S. 1, “Cooper vs. Aaron”).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera, en tiempo y forma, el Ministerio Público Fiscal (fs. 69/71).

2. La Sala I de la Cámara de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, revocó el punto II de la resolución de primera instancia que había resuelto comunicar al Poder Ejecutivo para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, y por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC de la CABA incorporado por ley 2641.

3. La Fiscalía sostuvo que la resolución que emitiera la Cámara incurre en arbitrariedad —afectando derechos de índole constitucional— pues se aparta del texto positivo y carece de fundamentación normativa adecuada.

4. La cuestión que aquí se debate es análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Santambrogio, Roberto Oscar s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9253/12, resolución del 8/5/2013.

Las razones que expusiera en dicha causa son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en el presente caso.

En el precedente aludido dije: “...la suspensión del proceso a prueba es un mecanismo, establecido en el Código Contravencional (art. 45), cuya aceptación (voluntaria) solo asegura a quien cumplierse con las pautas asumidas, que evitará el juicio. En consecuencia, la hermenéutica propuesta por la Sala interviniente —en el sentido de que el descuento de puntos constituye (en el marco de autos) una pena sin infracción comprobada— pierde de vista que el (...) [imputado] aceptó, voluntariamente, la probation cuya regulación legal prevé la posibilidad de que se notifique al Poder Ejecutivo en los términos del art. 45 del CC”.

5. Por lo expuesto, voto por: a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera el Ministerio Público Fiscal y b) revocar el pronunciamiento que dictara la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13, resolución del 12/3/2014.

En consecuencia, me remito, en lo pertinente, a los argumentos expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2 — s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012, entre muchos otros), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

3. Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y revocar la resolución de Cámara.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal (fs. 69/71).

2°. *Revocar* la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 59/62).

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13, como parte integrante del voto del Sr. juez José O. Casás.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXXI - AIELLO, EUGENIO EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN AIELLO, EUGENIO EDUARDO S/ART. 1472: 80 ENSUCIAR BIENES DE PROPIEDAD PÚBLICA O PRIVADA - CC

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Depósito previo. Pérdida del depósito. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva: improcedencia.

Expte. SAPCyF n° 10.853/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

I. El defensor de Eugenio Eduardo Aiello dedujo recurso de queja (fs. 1/6) contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 50/51) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 44/47. Ese remedio procesal estaba dirigido, a su vez, contra la decisión de la Sala (fs. 38/41) que, en lo que aquí interesa, confirmó la de primera instancia mediante la cual la jueza no había hecho lugar a las excepciones de falta de acción y manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad planteadas por la defensa (fs. 25/29).

En esa incidencia, la defensa cuestionaba la imputación formulada por la fiscalía consistente en que su asistido habría permitido, el 16/1/2013, que por debajo de una persiana ubicada en la calle Oliden 2094 de esta ciudad se derramara hacia el cordón de la vereda una sustancia compuesta de agua, cartón y fibra de papel. El defensor sostuvo que la conducta atribuida a Aiello era atípica porque no se había demostrado que el material derramado contuviera fibra celulosa y, en cuanto a su participación

en el hecho, explicó que su defendido no era el titular ni el responsable legal del establecimiento. Los jueces de ambas instancias rechazaron las excepciones por entender que tanto la atipicidad como la falta de responsabilidad del nombrado Aiello no resultaban manifiestas.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, el letrado defensor explicó que la confirmación por parte de la Cámara del rechazo de las excepciones debía ser equiparada a una sentencia definitiva porque, de quedar firme, se impediría el replanteo de la cuestión en una oportunidad posterior (conf. fs. 44 vuelta).

3. La Sala III, como se dijo, lo denegó porque entendió que la resolución no era equiparable a una sentencia definitiva.

4. El Sr. Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, consideró que el Tribunal debía rechazar la queja por el mismo fundamento de la Cámara y porque no se había planteado un caso constitucional (fs. 62/64).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma pero deber ser rechazada. El recurrente no rebate los fundamentos expuestos por la Sala III de la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

En efecto, los magistrados sostienen para denegar el recurso de inconstitucionalidad que el recurrente no acreditó que sus agravios no pudieran ser reparados por la sentencia final, eventualmente absolutoria (conf. voto del juez Delgado a fs. 50). Ese argumento no es controvertido por el letrado defensor, quien solo invoca dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no encuentran relación con la cuestión aquí debatida, pues se refieren a casos en los que se afectó el principio del juez natural y el de la prohibición de la doble persecución penal.

2. La parte se limita a reeditar los planteos formulados al deducir recurso de apelación, vinculados con la ausencia de acreditación de la contravención atribuida a Aiello y de su responsabilidad en el caso, circunstancias que —en su opinión— conducen a la aplicación de las excepciones interpuestas.

Dichas cuestiones fueron tratadas y desechadas por la Cámara a fs. 38/41, por entender que constituyen cuestiones de hecho y prueba que deben ser discutidas en juicio y por tanto, no habilitan la procedencia de las excepciones de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad y falta de acción.

Por ello, se advierte que, lejos de presentar un caso constitucional, la defensa únicamente expresa su desacuerdo genérico con el modo en que la Cámara resolvió la cuestión.

Por lo tanto voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 1/6 y dar por perdido el depósito cuya constancia obra a fs. 9.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de la Sra. jueza de trámite, Inés M. Weinberg.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La presente queja, si bien fue interpuesta en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402), no puede prosperar.

2. Tal como lo señala la señora jueza de trámite, doctora Inés M. Weinberg, en el punto 1 de su voto —que en lo sustancial comparto—, el recurrente no logra rebatir las razones expuestas en el auto denegatorio para dar cuenta de que la decisión contra la que se dirige el recurso de inconstitucionalidad no es la definitiva ni puede ser equiparada a esta.

Es un requisito mínimo para la admisión formal de una queja que ella contenga, básicamente, una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re*: “Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 60 y ss.; “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005, y sus citas).

3. Por lo demás, este Tribunal ha decidido en numerosas ocasiones que las resoluciones como la que pretende poner en crisis la defensa, cuya única consecuencia es la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no constituyen la sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. este Tribunal *in re*: conf. “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—”, expte. n° 3338/04, resolución del 1/12/2004, entre muchos otros). Tampoco se advierten motivos que autoricen a considerar que la decisión en cuestión pueda ser equiparada a una sentencia definitiva, con fundamento en las garantías que se invocan. En síntesis, no se ha logrado poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007; “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472’”, expte. n° 5285/07, resolución del 12/9/2007; “Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116 CC, organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación—”, expte. n° 5507, resolución del 9/4/2008 y “Dolmann, Franciso y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Dolmann, Francisco s/inf. art. 78, obstrucción de vía pública —CC—”, expte. n° 6061/08, resolución del 11/2/2009).

4. Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a foja 9.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La presentación recursiva de la defensa fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402), pero no puede prosperar en cuanto carece de crítica fundada y au-

tosuficiente del auto denegatorio respecto a la ausencia de sentencia definitiva o equiparable (fs. 4)

Este Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica sólida destinada a rebatir argumentativamente los desarrollos por los cuales el *a quo* denegó el recurso obsta a la procedencia de la queja, pues tal presentación resulta privada del fundamento tendiente a demostrar el desacierto en el que habría incurrido la Cámara para resolver como lo hizo (*in re* “Fantuzzi”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

2. En estas condiciones corresponde rechazar el recurso de queja intentado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la queja obrante a fs. 1/6 pues, la parte recurrente no rebate el argumento sobre cuya base el *a quo* denegó su recurso de inconstitucionalidad, ausencia de una sentencia definitiva. Efectivamente, la decisión controvertida — aquella que resolvió confirmar la resolución de primera instancia en cuanto no había hecho lugar a las excepciones de falta de acción y manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad solicitadas por la defensa del inculpado por ensuciar bienes (conf. el art. 80 del CC)—, por no poner fin al pleito ni impedir su continuación, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, y la apelante no acredita que deba ser equiparada a una de esa especie por poner en vilo una garantía constitucional o federal solo susceptible de tutela inmediata. En este orden de ideas, se limita a citar dos precedentes de la CSJN (conf. fs. 4 vuelta) sin mostrar la conexión que, a su juicio, existiría entre las cuestiones que allí habían sido materia de debate —que, por lo pronto, llevaron a aquel Tribunal a equiparar a definitiva la resolución a cuya revisión el recurrente, en cada caso, en última instancia aspiraba— y lo que aquí es motivo de discusión. En efecto, en *Fallos*, 330:1350 lo que venía cuestionado era el alcance que la Sala III de la Cámara de Casación Penal había adjudicado al principio del *non bis in idem* en un tema de falsificación de documentos y tentativa de estafa, y en *Fallos*, 330:2361, la validez constitucional del Régimen de Subrogaciones aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura a la luz, entre otras cosas, de la garantía del juez natural; circunstancias ambas ajenas al *sub lite*.

2. Por las razones apuntadas en mi voto *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que me remito, voto por devolver el depósito.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General Adjunto, por unanimidad respecto del punto 1 y por mayoría respecto del punto 2,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 1/6).

2°. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración está agregada a fs. 9.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXXII - RECIO NIEL, EMILIO S/INFR. ART. 111, CC, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO⁹⁸

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Cuestión constitucional. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Extinción de la acción contravencional. Facultades del Ministerio Público Fiscal. Acuerdo de partes. Oposición del fiscal. Homologación del acuerdo. Interpretación de la ley. Facultades del juez: alcances. Debido proceso. Defensa en juicio. Sistema acusatorio. Acción pública. Deberes del juez. Deber de imparcialidad. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SAPCyF n° 10.829/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Sra. jueza titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 31 suspendió el proceso a prueba respecto de Emilio Recio Niel, pese a la oposición de la Fiscalía (fs. 36/38). Esa decisión fue apelada por el Ministerio Público Fiscal (fs. 39/42) y confirmada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones (fs. 58/69).

2. Contra esa resolución el Sr. Fiscal de Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 72/75), el cual fue declarado admisible en atención a lo resuelto por este Tribunal en la causa “Jiménez” (expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010) y “a fin de evitar un inútil dispendio jurisdiccional” (fs. 81/83).

3. El Sr. Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en autos, propició que se hiciera lugar al recurso y se declarara la nulidad de las resoluciones cuestionadas (fs. 89/90).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, resolución del 20/11/13.

En consecuencia, corresponde remitir en lo pertinente a las razones y a la solución que han sido desarrolladas en el precedente citado (puntos 2 y 3 del dispositivo), del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara

⁹⁸ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13, en este tomo, p. 3473.

de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Jiménez, Juan Alberto s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 7238/10, resolución del 30/11/2010), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión debatida en la causa es análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876, resolución del 20/11/2013.

Las razones que expresara, al emitir mi voto disidente, en el precedente aludido justifican mi decisión de rechazar el recurso de inconstitucionalidad en el presente caso.

Una copia de la sentencia dictada en “Blanco Vallejos” deberá agregarse como parte de este pronunciamiento.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad de fs. 72/75, *revocar* la resolución de Cámara, del 8/11/2013, y *dejar sin efecto* la suspensión del proceso a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

2°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 20/11/2013 en los autos “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Blanco Vallejos, Vidal s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 9876/13.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXXIII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA - UNIDAD FISCAL SUR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE EXCEPCIÓN EN AUTOS M.A.G. Y OTROS S/ART. 189 BIS, PÁRR. 2º - PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL - C.P.

Derecho penal. Intimación del hecho. Sistema acusatorio.

Expte. SAPCyF n° 10.226/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Fiscalía de Cámara dedujo queja (fs. 161/169) contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones (fs. 151/158) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto, a su vez, contra la decisión de la Sala de archivar el legajo y sobreseer a Omar Fabián Alberto Sotelo, en virtud de que el plazo de la investigación penal preparatoria previsto en el párr. 2º del art. 47 del Régimen Procesal Penal Juvenil, contado desde el día en que el nombrado fue detenido en flagrancia, el 3/7/2012, se había agotado sin que mediara petición de prórroga o requerimiento de juicio (fs. 119/124).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el Fiscal sostuvo que la sentencia de Cámara era arbitraria por la interpretación que había efectuado del término “intimación del hecho” y violaba los principios de legalidad y acusatorio y la división de poderes (fs. 128/133).

3. Por su lado, los integrantes de la Sala III de la Cámara de Apelaciones consideraron que el recurrente carecía de legitimación para deducir el recurso de inconstitucionalidad y, por otro lado sostuvieron que no había planteado un caso constitucional.

4. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que hiciera lugar a los recursos del Ministerio Público Fiscal, revocando la sentencia recurrida (fs. 173/177).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue interpuesta ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402) y por quien se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del); además, es procedente pues el Fiscal de Cámara ha logrado plantear una cuestión constitucional en orden a la interpretación que los jueces de cámara hicieron del art. 47 del Régimen Procesal Penal Juvenil (RPPJ) en la sentencia de fs. 119/124 que puso fin al proceso al sobreseer de manera definitiva al imputado (art. 27, ley 402).

2. Con relación al agravio planteado en el recurso de inconstitucionalidad, cabe señalar que en la sentencia recurrida se afirmó que el imputado había tomado conocimiento de las actuaciones seguidas en su contra el día de su detención y que a ese acto se lo debía considerar como la “intimación del hecho” que prevé el art. 47 del RPPJ. A partir de esa premisa, se entendió que el término previsto en la norma procesal debía contarse desde aquel día, el 3/7/2012, y se concluyó que el plazo había vencido porque la fiscalía no había pedido ninguna prórroga ni el requerimiento de juicio.

3. La crítica desarrollada por el Fiscal de Cámara contra ese punto de vista es contundente pues logra demostrar que la interpretación del art. 47 del RPPJ realizada por las juezas de cámara se apartó notoriamente del texto legal al darle al concepto “intimación del hecho” un alcance de tal magnitud que importa desconocer la decisión legislativa con menosprecio del principio de la división de poderes y del de legalidad.

En efecto, el recurrente señala con razón que “si el legislador, al promulgar la ley 2451 (que implementó el RPPJ), usó la terminología exacta que, tiempo antes, había utilizado para nombrar a la audiencia del art. 161 del CPPCABA, es porque tuvo la

clara y determinante voluntad de que los plazos de conclusión de la IPP (investigación penal preparatoria) comiencen a partir de dicha audiencia” es recién en esa oportunidad cuando el fiscal efectúa un juicio de valor y considera configurado el estado de sospecha que vincula a aquel con la comisión de un delito.

4. En esas condiciones, la equiparación de la detención del imputado —porque había tomado conocimiento de las actuaciones seguidas en su contra— con el acto de intimación del art. 161 es inadmisibles porque desnaturaliza la función que tiene cada uno de esos actos en el procedimiento y agravia al MPF porque lo obliga a preparar la investigación penal, en casos como el de autos, en tan solo quince días contados desde su inicio cuando ni siquiera ha podido evaluar la pertinencia de vincular al imputado con el proceso, con la consecuencia de que un plazo así contado deja de ser un plazo razonable.

5. Ese criterio hermenéutico, por lo tanto, no resulta ser una derivación razonada, debidamente fundada, del art. 47 del RPPJ y debe ser descalificado; es que, como dijo el juez de la causa, “la letra de la ley resulta suficientemente entendible en cuanto a qu[é] debe concebirse por intimación del hecho, y esta claridad impide el surgimiento de distintas interpretaciones al respecto, ya que solo partiendo de una interpretación forzada puede entenderse que existen otros actos, aparte del mencionado por la ley, que impliquen la intimación del hecho” (conf. fs. 90 vuelta).

6. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de fs. 119/124, debiendo estarse a lo resuelto por el juez de primera instancia en cuanto no hizo lugar al planteo en relación al vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad articulados por el MPF, pues la sentencia del *a quo* —aquella que, en virtud de lo normado en los art. 47 del Régimen Procesal Penal Juvenil (RPPJ) y el art. 105 CPP, resolvió archivar las actuaciones seguidas contra el imputado (conf. fs. 119/124 de los autos principales)— no solo impide la continuación del proceso sino que, tal como lo pone de resalto la recurrente en su presentación, no constituye una derivación razonada del derecho con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, pues asigna un sentido que desvirtúa y torna inoperantes las normas aplicables a la solución del caso.

2. Primeramente, en cuanto a la postulada falta de legitimación de la parte recurrente (conf. fs. 135/139 vuelta), sobre cuya base la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad planteado a fs. 128/133 vuelta, y que el Fiscal controvierte, las razones que di en mi voto *in re* “Ministerio Público —Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Parga, Daniel Ezequiel s/infr. art. 189 bis C.P. —Portación de arma de fuego de uso civil”, Expte. n° 6165/08, sentencia del 20/10/2009 y “Ministerio Público —Fiscal de Cámara Sudeste de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Woloszynski, Sergio Daniel s/infr. art(s) 149 bis —amenazas— (p/L 2303)”, expte. n° 9906, sentencia del 14/8/2014, que doy aquí por reproducidos, para descartarla.

3. El apelante tacha de arbitraria la opinión de la Cámara con arreglo a la cual en materia penal el plazo para llevar a cabo la investigación penal preparatoria comenzaría cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable del delito (conf. fs. 123). Ese criterio, llevó a sostener al *a quo* que “...el plazo de la investigación penal preparatoria se encuentra

vencido, puesto que, desde que el menor fue aprehendido en flagrancia el día 3/7/2012 transcurrió el plazo previsto en el 2º párrafo del art. 47 del RPPJ, sin que medie petición de prórroga o se haya requerido la remisión de la causa a juicio” (conf. fs. 123 vuelta).

4. Lo que esa tesis propone no es una interpretación posible de la norma, sino su desconocimiento.

4.1. Los arts. 47 del RPPJ y 105 del CPPCABA (que los jueces de mérito entendieron de aplicación supletoria conf. art. 2 RPPJ, lo que no viene controvertido), en lo que aquí importa, estipulan lo siguiente:

Art. 47. — *Duración.* La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa (90) días *a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a*. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal Penal Juvenil deberá solicitar prórroga al/la Juez/a Penal Juvenil, quien podrá acordarla hasta por sesenta (60) días más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación (el destacado no pertenece al original).

En caso de flagrancia el plazo de la investigación preparatoria será reducido a quince (15) días, prorrogable hasta por quince (15) días más en los mismos términos que en el párrafo anterior (el destacado no pertenece al original).

Art. 105. — *Vencimiento del término.* Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la fiscalía deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones.

A su turno, el art. 161, CPPCABA (al que cabe recurrir supletoriamente, conf. art. 2 RPPJ) bajo el rótulo “Intimación del hecho. Delegación”, establece:

Cuando el/la Fiscal considere que existe sospecha suficiente de que una persona puede ser autor o participe de un delito, le deberá *notificar mediante acta los hechos que se le imputen, en forma clara, precisa y circunstanciada, y las pruebas que haya en su contra*. La intimación del hecho se deberá hacer inmediatamente si estuviera detenido/a, cuando compareciera en los casos de flagrancia y cuando lo/a cite al efecto.

En el acto de intimación del hecho, hará saber al/la imputado/a el derecho que le asiste de ser asistido por un/a de su confianza o de designar al/la Defensor/a Oficial y de prestar declaración personalmente o por escrito, en el momento o cuantas veces quiera, sobre los hechos imputados o de abstenerse sin que ello importe presunción en su contra, y demás derechos previstos en el art. 28.

El/la Fiscal podrá, por decreto, delegar en el/la Secretario/a de la Fiscalía el acto de intimación del hecho al/la imputado/a, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente.

4.2. Vale aquí recordar la doctrina de la CSJN según la cual la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, por cuanto el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (conf. *Fallos*, 299:167; 304:1820; 314:1704; entre muchos otros).

En tales condiciones, si el propio texto del CPP (art. 161) asigna un significado específico a la expresión “intimación del hecho” que emplea el art. 47 del RPPJ como disparador del plazo para la investigación penal preparatoria, a él cabe estar primeramente.

4.3. Sentado lo anterior, los jueces de mérito entendieron que el acto que da inicio al plazo del art. 47 RPPJ es la intimación a responder por el hecho (conf. fs. 123); ello no obstante, señalaron que “...resulta prioritario precisar el concepto de *intimación*

de los hechos, desde el cual debe iniciarse el cómputo del plazo en cuestión. // (...) en materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.” (conf. fs. 123), entendiendo, finalmente que dicho acto se produjo cuando el imputado fue aprehendido en flagrancia.

Las razones dadas por la Cámara para apartarse del texto de la ley, sin embargo, no son válidas; aparecen, en cambio, como postulados que no conducen a la solución que afirman en ellas se sostiene.

Así, asiste razón al MPF cuando señala que no es posible equiparar la intimación a responder por el hecho (art. 161 CPP) con “...cualquier noticia que el imputado tenga del inicio del sumario, incluyendo en ellas la notificación efectuada al momento de su aprehensión por parte de la prevención.” (conf. fs. 132 vuelta).

El propio texto del art. 161 CPP descarta esa opción. Por ejemplo, cuando contempla que la intimación a responder por el hecho deba realizarse “inmediatamente” en supuestos en que el sujeto estuviere detenido, en caso de flagrancia, o cuando fuere citado al efecto, está diferenciando dos clases de acontecimientos: *i*) aquellos que importan para el sujeto tomar conocimiento de que se investiga un hecho y su participación en él (clase de acontecimiento que, incluso, puede importar la privación transitoria de la libertad); y *ii*) la intimación a responder por el hecho (que abarca notificar al sujeto que se le imputan hechos determinados, qué pruebas hay en su contra, los derechos a que se refiere el art. 161 CPP, que incluye la posibilidad de prestar declaración o no). A su turno, asume la posibilidad de que la intimación a responder por el hecho no sobrevenga inmediatamente al conocimiento que tome el fiscal de la posible comisión de un hecho ilícito o el que reciba el supuesto autor de que el fiscal contempla alguna hipótesis que lo involucra. Es decir, el propio artículo prevé que el conocimiento acerca del hecho pueda llegar a quien termine siendo imputado antes de la intimación, pero en ese caso no impone que esa circunstancia reemplace la intimación formal, o que el plazo del art. 47, RPPJ comience en una oportunidad distinta.

Lo dicho, en suma, muestra que ni la letra expresa del art. 47 RPPJ ni la interpretación sistemática del cuerpo normativo en que se encuentra inserta, y del que le resulta supletoriamente aplicable (conf. art. 2 RPPJ) da apoyo a la conclusión a que arribó el *a quo*.

5. Sentado lo anterior, cabe señalar que, no viene controvertido que la audiencia de intimación a responder por el hecho prevista en el art. 161 CPP no ha tenido lugar aun en el marco de las presentes actuaciones (conf. fs. 67). En tales condiciones, el plazo para llevar a cabo la investigación penal preparatoria no ha comenzado a correr. La audiencia de intimación a responder por el hecho, además de tener asignado un carácter claramente defensivo (conf. arts. 28 y 161/168 del CPP), constituye un acto indispensable para provocar el proceso jurisdiccional conf. mi voto in re “Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Sudeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente por pedido de archivo en autos NN, NN s/ infr. art. 96, lesiones en riña, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9813, resolución del 13/8/2014.

6. Por lo expuesto, voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos, revocar la decisión cuestionada, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por las razones que exponen en sus respectivos votos los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano —cuyo sentido, en lo sustancial, comparto— y por los fundamentos que en sentido concordante expuse al votar en “Cuello” (expte. n° 9206/12, sentencia del 7/5/14), “NN” (expte. n° 9813/13, sentencia del 13/8/14), “Woloszynski” (expte. n° 9906/13, sentencia del 14/8/14) y “Sus Abuelos” (expte. n° 10215/13, sentencia del 10/9/14), entre otros, voto por *i*) admitir la queja deducida y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *ii*) revocar lo resuelto por la Sala III, en cuanto ha sido materia de agravio, y *iii*) devolver la causa a la Cámara de Apelaciones, a sus efectos.

Al respecto, considero que le asiste razón a la Fiscalía en cuanto a la violación de la garantía del debido proceso, porque media arbitrariedad en lo resuelto, toda vez que logra demostrar que el archivo que en última instancia impugna se sustenta en una fundamentación meramente aparente y en un razonamiento insostenible.

Resumidamente, la resolución de la Cámara implícitamente equivale: *i*) a desecharse, sin ninguna justificación válida, que el ordenamiento procesal infraconstitucional en principio ha supeditado el inicio del término legal de la investigación penal preparatoria a la efectiva ocurrencia de la “intimación del hecho”; *ii*) a conferirle a ese acto procesal, denominado “intimación”, inserto en art. 47 de la ley 2451, un alcance o contenido muy diferente del que ha sido concretamente contemplado en el art. 161 del CPPCABA; *iii*) a asimilar o equiparar situaciones procesales que razonablemente distan entre sí, pues la realización de una “aprehensión” en flagrancia —por parte de la autoridad de prevención— difiere sustancialmente de una “intimación del hecho” por la conducta investigada —por parte del Ministerio Público Fiscal—; o bien *iv*) a desconocer la importancia que reviste este acto procesal o a, cuanto menos, sugerir que no se trataría de una diligencia cuya realización resulte exigible. Ninguna de estas conclusiones constituye una derivación lógica o razonada del derecho vigente.

Una lectura respetuosa del ordenamiento y del debido proceso exige concluir que el acto de “intimación del hecho” no puede ser pretorianamente equiparado a cualquier situación en la cual una persona tome conocimiento de que existe una investigación penal en curso y/o en la cual eventualmente podría quedar involucrada. Muy por el contrario, la “intimación del hecho” es el acto trascendental que solo tiene lugar cuando el Ministerio Público Fiscal le dirige a una persona una imputación concreta y determinada, notificándole “mediante acta los hechos (...) y las pruebas que haya en su contra” (conf. art. 161), de manera tal que se trata de un acto formal e insustituible que vincula a esa persona definitivamente al proceso y a partir del cual nace el deber de la Fiscalía de definir su situación jurídica.

La peculiar interpretación que de la normativa aplicable ha efectuado el tribunal *a quo*, directamente, ha prescindido del texto legal, sin más razón que el propio voluntarismo, y, al hacerlo, ha omitido dar cualquier explicación sólida del motivo por el que correspondería computar tal plazo legal desde el “hito” procesal o el momento a partir del cual se lo cuenta. En efecto, la mera realización de tal aprehensión no resulta equivalente a la efectiva intimación del hecho. Lo contrario supondría que, desde ese mismo momento y sin que se hubiera perfeccionado la “intimación”, la Fiscalía se encontraba habilitada o en condiciones de requerir la realización de un juicio; conclusión que no parece resistir mucho análisis.

El hecho de que una persona tenga simple noticia de la existencia de una investigación penal o incluso de que se presente en ella a los efectos de ser tenida en cuenta, en los actos en los que pueda intervenir, no importa sin más que aquella persona haya sido intimada de un delito como imputada del hecho investigado, sino que tal carácter

lo tendrá, de acuerdo a la normativa infraconstitucional, una vez que haya tenido lugar su “vinculación” al proceso como tal. A su vez, es claro que la “vinculación del/la imputado/a al proceso” (conforme lo expresa el Título IV, Capítulo 2, CPPCABA) de ninguna manera puede ser sustituida por la realización de otros actos procesales asimilables, a partir de los cuales la persona involucrada pueda tomar conocimiento de la existencia del proceso penal, ni parece razonable concebir que el Ministerio Público Fiscal sustituya esa audiencia de “intimación del hecho” o prescinda de su efectiva celebración. En este sentido, la interpretación efectuada por la Cámara, con arreglo a la cual habría actos procesales equiparables, siembra más desconcierto a la hora de dilucidar las razones por las cuales resultaría posible desdoblar el significado de la “intimación del hecho”, de acuerdo a la norma que se trate.

La discusión propuesta por el recurrente, por el modo ambiguo como fue resuelta y por las consecuencias que de ella podrían derivarse, adquiere tal relevancia que en el caso justifica sin más la intervención de este estrado a fin de que ejerza las funciones que le confiere el art. 113.3 de la CCABA.

Obiter dictum, se muestran en algún punto paradójicas las exigencias que los distinguidos colegas de la Sala III le imponen a la labor de la Fiscalía para concluir la investigación preliminar en los términos regulados por la ley y/o las consecuencias concluyentes que pretenden inferir de la inexistencia de una solicitud de “prorroga” en el caso, cuando, precisamente, es evidente que a esa misma ley se la está haciendo expresar —so pretexto de exégesis pretoriana— lo que ella no dice. Un breve repaso de los precedentes citados al comenzar este voto alcanza para advertir que el declamado criterio amplio o flexible, con el cual la mayoría de la Sala III parece interpretar a la locución “intimación”, es tan variable, difuso e impreciso —pues varió en cada caso— que torna materialmente imposible que el órgano acusador pueda ceñirse a alguna regla clara a los fines de conformar a quienes eventualmente podrían llegar a intervenir durante el trámite de alguna apelación. En otras palabras, “intimación del hecho” parece ser todo aquello que, con carácter *ex post*, se afirma que lo es; interpretación que, naturalmente, configura un acto de pura autoridad que debe ser descalificado. El abanico de “hitos” procesales que la mayoría del tribunal *a quo* selecciona caprichosamente en la marcha y a los cuales rodea de alcances semejantes a una “intimación” es tan extenso (por ejemplo, detención en flagrancia, labrado de actas de radicación de la causa y lectura de derechos, designación de defensor, allanamiento, citación a una audiencia de mediación, etc.) que termina estableciendo un catálogo, oscuro o misterioso, cuyo único propósito parece estar en dar sustento a decisiones invariablemente liberatorias.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja, obrante a fs. 161/169, interpuesto por el Ministerio Público Fiscal es formalmente admisible y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 151/158 vuelta).

2. La procedencia del recurso directo no conlleva la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad dado que el recurrente no logra exponer con suficientes argumentos un caso constitucional.

El fiscal no rebate, con apoyo en las normas constitucionales invocadas, los argumentos que expusiera la Sala III y que remiten a una interpretación, que luce posible dentro de la dogmática penal, del art. 47 del RPJ de cara a la garantía del plazo razonable. En efecto, las juezas entendieron que, en el caso de autos, el plazo fijado por el

articulado antes indicado —considerado por ellas como expresión de la garantía del plazo razonable— venció, desde que el joven tomó conocimiento de los hechos que le fueron imputados a partir de ser aprehendido en flagrancia.

La interpretación de la Sala, más allá del acierto u error de la resolución, se encuentra debidamente fundada sobre criterios que se presentan válidos y adecuados respecto de las constancias de autos, junto a un uso correcto de citas doctrinarias y jurisprudenciales vinculadas con el tema en disputa. Asimismo, la Sala valoró las constancias particulares que se suscitaron en el legajo penal para darle sustento a su perspectiva y resolver el archivo de las actuaciones.

En este sentido, observo que la sentencia que se intenta impugnar se ajusta al principio de razonabilidad, y no advierto que, como consecuencia de lo decidido por el *a quo*, se haya visto lesionada la garantía constitucional de legalidad por arbitrariedad en la sentencia. Los argumentos expuestos por el recurrente respecto del alcance que le fue asignado al art. 47 del RPJ, cuya validez —destaco— no fue impugnada por el Ministerio Público Fiscal, expresan un disenso genérico que no alcanza para acreditar un caso constitucional.

En las condiciones señaladas, es aplicable la doctrina del Tribunal que dice: “[I] a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (“Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000).

3. Por lo expuesto, voto por admitir la queja que dedujera el Ministerio Público Fiscal (fs. 161/169) y rechazar su recurso de inconstitucionalidad (fs. 128/133 vuelta).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja, aunque interpuesta en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402), debe ser rechazada. El señor Fiscal ante la Cámara no ha logrado demostrar que sus motivos de agravio conformen un caso de competencia de este Tribunal.

2. En primer lugar, cabe señalar que, al declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad, los jueces de la Cámara entendieron que el representante del Ministerio Público Fiscal no estaba legitimado para interponerlos. El quejoso se hace cargo de rebatir esta cuestión, a lo que se agrega que repetidamente he sostenido que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer recursos de inconstitucionalidad (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454, resolución del 8/9/2010, entre muchos otros).

De cualquier manera, el recurso de queja debe ser rechazado pues, como se verá, los planteos propuestos no permiten la revisión extraordinaria requerida en tanto se limitan a un desacuerdo con la valoración que los jueces de mérito hicieron de diversos actos procesales ocurridos durante el trámite de la causa y la interpretación que efectuaron de normas de orden procesal local y común.

3. La fiscalía no ha logrado demostrar la existencia, en el caso, de una cuestión constitucional en torno a la alegada afectación de los principios de legalidad y acusatorio, la división de poderes y a la arbitrariedad de la decisión de la Cámara que resolvió archivar las actuaciones en virtud de lo normado por los arts. 47, párr. 2°, del RPPJ y 105 del CPPCABA y sobreseer al imputado.

En ese sentido, cabe señalar que, más allá del acierto o error del análisis efectuado en la sentencia recurrida, los jueces consideraron que, en el caso, el plazo de la investigación penal preparatoria se encontraba agotado. En efecto, entendieron que el primer acto de procedimiento dirigido contra el imputado lo constituía su aprehensión en flagrancia el día 3/7/2012, y que desde ese momento “transcurrió el plazo previsto en el 2º párrafo del art. 47 del RPPJ, sin que medie petición de prórroga o se haya requerido la remisión de la causa a juicio” (fs. 123 vuelta).

4. A pesar del cuestionamiento que, en términos genéricos, efectúa el representante del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que no demuestra por qué la conclusión de los jueces debe ser descalificada como una derivación razonada de los elementos acumulados y el derecho aplicado. En ese sentido y, reitero, al margen del acierto o error de la decisión, la indicación de una interpretación posible de las reglas aplicables, más favorable a los intereses de la recurrente, no resulta suficiente para descartar como válido el criterio sostenido por la Alzada.

En definitiva, se ha omitido un desarrollo argumental que permita advertir la vinculación de garantías constitucionales con la cuestión efectivamente decidida en estas actuaciones y tampoco se ha expuesto suficientemente la existencia de una contradicción lógica en la sentencia cuestionada. Reitero, entonces, que la discusión planteada se reduce a una cuestión que involucra aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional que no habilita la competencia extraordinaria del Tribunal (conf. *mutatis mutandi*, mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/ inf. art.(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/infr. art(s) 129, 1º párr., exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/11, y sus citas).

En este sentido, basta recordar que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Todo ello, en concordancia con lo que he tenido oportunidad de afirmar en causas similares cuando agravios de la índole de los articulados en este caso han pretendido hacerse valer por el Ministerio Público de la Defensa (conf., mi voto *in re* “Incidente de apelación en autos Veira, Marcelo Daniel s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9714/13, resolución del 15/4/2014, entre otros).

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta.
Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 161/169).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 128/133, *revocar* la resolución de la Sala III, rechazar la solicitud de archivo y *devolver* la causa, ordenando que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXXIV - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALIA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN LEGAJO DE JUICIO EN AUTOS AGUERO, NORMA BEATRIZ S/INFR. ARTS. 149 BIS Y 181, INC. 1º, C.P.

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Suspensión del juicio penal a prueba. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. Sistema acusatorio.

Expte. SAPCyF n° 9947/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Como surge de la resolución anterior de este Tribunal (fs. 112/113), el Sr. Fiscal de Cámara Sudeste dedujo el recurso de queja obrante a fs. 93/97 contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 74/78), a su turno, contra la resolución de Cámara que resolvió revocar la decisión de primera instancia y conceder la suspensión del presente proceso a prueba, pese a la oposición del fiscal, respecto de los imputados Aguirre, Agüero y Bordato (fs. 55/61).

Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II consideró que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional (fs. 86/90).

2. En el recurso de queja interpuesto, el Sr. Fiscal solicitó al Tribunal que dispusiera el efecto suspensivo, en los términos del art. 33 de la ley 402 —que fue resuelto de modo favorable por este Tribunal, el día 12/3/2014— (fs. 112/113).

3. Al tomar intervención en autos, el Sr. Fiscal General sostuvo la queja interpuesta y solicitó que se dejara sin efecto el pronunciamiento atacado (fs. 102/110).

4. El Tribunal requirió a las instancias de mérito la remisión de los autos principales correspondientes a esta queja, diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 119.

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue presentada ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402) y por quien se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del).

A su vez, la decisión recurrida resulta equiparable a una sentencia definitiva, toda vez que la suspensión del curso del proceso —pese a la oposición del acusador— contraría la continuación del trámite del expediente y conduce a la extinción de la acción penal, impidiendo al Ministerio Público Fiscal ejercer la pretensión sancionatoria. De este modo, no habrá otra oportunidad eficaz para que la recurrente haga valer sus razones constitucionales en torno a la invalidez de la suspensión del proceso a prueba decidida en el caso y pueda, de esta manera, llegar a disipar los agravios invocados de modo oportuno.

Por otra parte, la recurrente logra plantear un legítimo caso constitucional al cuestionar la interpretación realizada por los jueces de la causa respecto de la normativa aplicada al caso —arts. 76 bis del C.P. y 205 del CPPCABA—, al hallar lesionadas en el *sub examine* aquellas reglas constitucionales que estructuran el debido proceso en esta jurisdicción y establecen las competencias y atribuciones del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad (arts. 13.3 y 124 y 125, CCABA).

2. El progreso de la pretensión esgrimida por la recurrente exige determinar la correcta inteligencia atribuible a diversas reglas constitucionales (arts. 13.3, 106, 124 y 125, CCABA) a fin de establecer si la interpretación formulada por la Cámara de la legislación infraconstitucional cuestionada las respeta.

Conforme aquellas previsiones, rige en el ámbito local el sistema acusatorio y la inviolabilidad de la defensa en juicio (conf. art. 13.3, CCABA), como también la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público Fiscal dentro del Poder Judicial, cuya función consiste en promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velando por la prestación del servicio de justicia y debiendo procurar, ante los tribunales, la satisfacción del interés social (conf. arts. 124 y 125, CCABA).

En ese marco, el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública y el proceso penal está diseñado de forma tal que asegura una separación estricta entre las funciones de acusar y sentenciar, separación que además viene a resguardar la imparcialidad y la defensa en juicio (conf. art. 4, CPPCABA).

La titularidad de la acción penal lleva implícita su discrecionalidad, toda vez que no podrá concebirse dicha potestad si el fiscal careciera de facultades para tomar decisiones sobre su ejercicio.

3. El instituto debatido en autos y reglamentado por el código procesal penal local debe ser interpretado y aplicado a la luz de los lineamientos enunciados como rectores del sistema jurisdiccional local (arts. 13.3, 106, 124 y 125, CCABA).

En lo que aquí importa, el art. 76 bis del C.P., cuarto párrafo, establece que “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese *consentimiento del fiscal*, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio” (el destacado me pertenece).

Por su parte el art. 205 del CPPCABA complementa el artículo mencionado en lo relativo a la aplicación de la suspensión del proceso a prueba en el ámbito local, estableciendo que “la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal. Contra la decisión no habrá recurso alguno”.

A la luz de lo expuesto, si bien compete al juez la facultad para otorgar la suspensión del proceso a prueba, el juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de continuar o no con la persecución penal recae sobre el Ministerio Público Fiscal, representando su conformidad una condición necesaria para que pueda proceder dicho instituto.

En virtud de ello, el modo en que ha quedado resuelta la cuestión por la Cámara configura un manifiesto exceso jurisdiccional. En un proceso organizado bajo el esquema acusatorio —en el cual los fiscales tienen la potestad acusatoria y los jueces la función jurisdiccional—, la interpretación formulada por los magistrados no se acomoda a las previsiones constitucionales que deben regir la materia debatida en autos.

Las atribuciones arrojadas por los jueces de la causa en relación con el instituto aplicado, exceden aquellas que la ley procesal y la CCABA establecen. Los magistrados reemplazan con su actuación la que corresponde al Ministerio Público Fiscal, haciendo propio el ámbito de disponibilidad atribuido al titular del ejercicio de la acción penal, tomando el lugar de una de las partes del proceso.

La norma de fondo puntualmente exige el consentimiento expreso por parte del Ministerio Público Fiscal para otorgar la suspensión del juicio a prueba (conf. art. 76 bis del C.P.), sin que pueda suplir dicho requisito la falta de fundamentación de la oposición efectuada por el agente fiscal.

En definitiva, la pretensión de determinar el contenido de los actos del representante del Ministerio Público Fiscal a través de un alegado control de legalidad como el descrito, implica su reemplazo, provocando la alteración de roles de los actores del proceso y lesionando la estructura del sistema acusatorio local en vulneración de las reglas constitucionales comprometidas.

4. Por último corresponde hacer notar que la sentencia de la Sala II desconoce abiertamente la jurisprudencia de este Tribunal en “Incidente de apelación en autos Meta, José s/infr. ley 13.944 (incumplimiento a los deberes de asistencia familiar) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9429/12, resolución del 20/11/2013 y “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454/09, resolución del 8/9/2010, entre muchas otras. El principio de economía procesal debe guiar la actuación de los tribunales y, tal como es doctrina de nuestra Corte, los tribunales inferiores tienen el deber moral de seguir los lineamientos fijados por los tribunales máximos, con excepción del supuesto en que los primeros aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por estos últimos (“Cerámica San Lorenzo”, Fallos, 307:1094, sentencia de fecha 4/7/1985), lo que no ocurrió en el *sub judice*. En efecto, los fundamentos aportados por la Sala II no son adecuados ni suficientes para apartarse de la doctrina del TSJ.

5. Por lo dicho, corresponde: a) hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Ministerio Público Fiscal; b) revocar la resolución recurrida, y c) dejar sin efecto la suspensión del proceso a prueba dispuesta en autos y ordenar que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable y lo indicado en las precedentes consideraciones.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja, interpuesta ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402) y por quien está legitimado para ello (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454, resolución del 8/9/2010), debe prosperar.

2. Sin perjuicio que la interpretación de las leyes es una atribución propia de los jueces, entiendo que la misma debe ajustarse a los criterios que, con relación al instituto bajo consideración, ha sentado el Tribunal, salvo en caso de que se aporten nuevos argumentos que puedan conducir a la revisión del criterio expresado por este Estrado. En atención a la consideraciones expuestas en mi voto *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6821/09, resolución del 13/10/2010, entiendo que las postulaciones efectuadas por los jueces de mérito no son suficientes para neutralizar el planteo del Ministerio Público Fiscal en su pretensión de proseguir la tramitación de la causa.

3. Por ello, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La cuestión aquí debatida es sustancialmente análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Benavidez” ya citado. Consecuentemente, por las razones allí dadas —especialmente, en el punto 7 de mi voto— y las que desarrollé en “Porro Rey, Julio Félix s/inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 7909/11, resolución del 07/12/2011—decisiones a las que me remito—, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, revocar la sentencia impugnada, dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba y ordenar que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

A su turno, ante la mención que hace el *a quo* a fs. 271 vuelta del fallo dictado por la CSJN *in re* “Acosta”, corresponde señalar que aquel Tribunal, al describir la interpretación que allí descartó por arbitraria, dijo que la sentencia impugnada había sostenido “...que la *conformidad* fiscal con la procedencia de la suspensión del proceso no era vinculante y que ‘...al prever dicha figura en abstracto y en su máximo una pena de seis años de prisión, el beneficio se torna improcedente, pues supera el límite de tres años de prisión que impone el art. 76 bis, 1° y 2° párrafos del Código Penal’ (el subrayado me pertenece). En ese contexto, las referencias del máximo tribunal federal a un derecho a obtener una suspensión del proceso a prueba no pueden ser leídas con independencia de la circunstancia de que en el caso existía una voluntad fiscal favorable a la concesión del beneficio y que era el juez quien se había negado a otorgarlo con base en una interpretación de la ley que la Corte Suprema desechó por errada. Así las cosas, del precedente mencionado no puede extraerse una conclusión contraria a la aquí postulada” (véase entre otros el punto 8 de mi voto en “Porro Rey” ya citado).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Coincido, en lo esencial, con la solución que proponen mis colegas preopinantes en orden a que la queja *sub examine* resulta procedente, pues satisface los requisitos formales requeridos (art. 33, ley 402), se dirige en última instancia a cuestionar un pronunciamiento que resulta equiparable a definitivo y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio resuelto por el tribunal *a quo*.

2. En primer lugar, parece necesario señalar que, tal como lo exponen los integrantes del Ministerio Público Fiscal, la cuestión que se discute en las presentes actuaciones se muestra sustancialmente análoga a la que ha sido resuelta —entre muchísimos otros— *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio de Pascual Aguilera, Miguel Ángel s/inf. art(s). 189 bis C.P.’”, expte. n° 9145/12, resolución del 20/11/2013.

Al respecto, en el mencionado precedente la mayoría de este Tribunal —con su actual integración— ha sentado doctrina acerca de la controversia aquí propuesta y ha fijado su posición sobre el punto de una forma que torna descalificable sin más lo resuelto, a contrario *sensu*, por el tribunal *a quo*. En efecto, aun dejando a un lado mi postura sobre la entidad de los motivos que pueden tener trascendencia para que la fiscalía se niegue a la aplicación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, el flagrante desconocimiento de la oposición del fiscal que habría tenido lugar en autos —que, incluso, se encontraba justificada concreta y razonablemente en las circunstancias de la causa, con arreglo a los matices que he remarcado en esta clase de asuntos (según mi voto *in re* “Benavidez”, expte. n° 6454/09, resolución del 8/9/2010)— conduciría, por razones de estricta economía procesal, a admitir la queja y el recurso de inconstitucionalidad.

A su turno, resulta forzoso concluir que la solución contraria adoptada por el tribunal *a quo* en el caso, que más allá de haber tomado conocimiento de la opinión de la mayoría de este Tribunal parece persistir con una postura que ya ha sido descalificada de manera reiterada, se muestra desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar adecuadamente el deliberado apartamiento de la jurisprudencia consolidada por esta instancia. En tales condiciones, esa resolución aparece infundada (*Fallos*, 307:1094) y, por lo tanto, no se sostiene como acto jurisdiccional válido.

3. A mayor abundamiento, el Ministerio Público Fiscal ha reafirmado que tiene un interés razonable en que se sustancie el debate y ha justificado suficientemente que la peculiar inteligencia realizada de los arts. 76 bis y ter del C.P. y 205 del CPP local, que permitió a las instancias inferiores conceder las suspensiones del juicio a prueba sin contar con la conformidad del fiscal, también se muestra descalificable, con arreglo a los diversos matices que he tenido en consideración al resolver esta clase de asuntos.

En síntesis, del acta de la audiencia que sintetiza la discusión relativa a la solicitud de suspensión de juicio a prueba, que efectuó la defensa de los tres involucrados en esta incidencia, se desprende que la fiscalía se opuso a la concesión del beneficio, porque en esta causa no se dan “los objetivos del instituto, que son que aquellas personas a quienes se les imputa un delito y (...) carecen de antecedentes penales (...) pued[an] evitar las situaciones de enfrentar un juicio oral y una eventual condena” (fs. 23 vuelta). Para fundar su convicción la fiscalía indicó: *i*) que los imputados Aguirre y Agüero tienen “antecedentes” penales condenatorios, que “de una simple lectura del art. 27 párr. 2° [del C.P.] surge sin lugar a dudas la imposibilidad (...) [porque no] han pasado los diez años que prevé la norma como para que pueda[n] acceder a los beneficios [requeridos]” y que solo se podría “acceder [a la aplicación de la salida alternativa] si el

nuevo delito ha sido cometido después de 10 años de la condena” (fs. 24); y *ii*) que el imputado Bordato gozó una suspensión del proceso a prueba anterior, que se le había otorgado en el marco de otro proceso, por lo cual “el escollo para [que] acceda a una nueva Suspensión (...) surge (...) del art. 76 ter, último párrafo [del C.P.]” (fs. 24). Por su parte, el juez de primera instancia denegó las suspensiones peticionadas, porque, al igual que la fiscalía, consideró que el objetivo del instituto “no es beneficiar a cualquiera, sino a aquellas personas que se han visto sometidas a proceso en una única circunstancia como para evitarles, (...) [por ser] primari[as], el (...) sometimiento a proceso” (fs. 27 vuelta) y que “ninguno de los imputados (...) se encuentra en condiciones de solicitar el beneficio (...), con lo cual la oposición debidamente fundada (...) es (...) vinculante” (fs. 28 y vuelta).

Sin embargo, la mayoría de la Sala II revocó aquella decisión y otorgó las suspensiones requeridas por la defensa, porque afirmó: *a*) que, respecto de los imputados Bordato y Aguirre, los hechos endilgados se subsumen “en las previsiones del párrafo primero del art. 76 bis C.P.” y por lo tanto para ese primer “grupo de casos [corresponde] prescind[ir] de exigir los requisitos vinculados a que pueda suspenderse condicionalmente la ejecución de la pena y al consentimiento fiscal, contenidos en el [citado] párrafo cuarto” (fs. 57 vuelta); y *b*) que, respecto de la imputada Agüero, aunque la hipotética condena que podría ser impuesta aquí “no se trata[ría] de primera condena, (...) la expresión primera condena del art. 26 debe entenderse como la que se pronuncia transcurridos los plazos previstos en el art. 27 respecto de otra anterior” y por lo tanto “al haberse superado los diez años desde la anterior condena [a la fecha de la resolución de la alzada], el instituto regulado en el art. 26 C.P. resultaría procedente y (...) también la suspensión del proceso a prueba” (fs. 58 y vuelta).

Ahora bien, cualquiera que sea el acierto o error de la convicción que ha guiado la actuación del Ministerio Público Fiscal, lo relevante es que sus razones pueden ser calificadas como “opinables” según criterios personales, pero no pueden ser reputadas como insuficientes o desvinculadas con este caso concreto. En autos, el tribunal *a quo* ha reemplazado al acusador en su función, constituyendo aquella subrogación un desconocimiento del sistema acusatorio, del principio de imparcialidad y del debido proceso, que también le ampara a aquel en el cumplimiento de las misiones que la ley y la CCABA le acuerdan. Las facultades que la Cámara niega a la fiscalía para oponerse a ese beneficio, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, han sido lisa y llanamente reivindicadas como propias por parte de sus integrantes sin dar una explicación sólida para ello y, en definitiva, han soslayado la función del titular de la acción priorizando la postura personal o estandarizada que la alzada sostiene sobre la viabilidad de ese beneficio a pesar de no contar con la necesaria conformidad de la fiscalía.

A propósito de esa discusión, insisto en dejar concretamente aclarado que en las oportunidades en las que debí expedirme en orden al alcance del beneficio de la suspensión del juicio a prueba previsto para la materia penal jamás efectué una distinción como aquella que se propone en la decisión del *a quo*, según la cual la postura del titular de la acción tendría importancia en algunos supuestos y no la tendría en otros. Por el contrario, invariablemente he considerado que la opinión fiscal es sumamente relevante en el marco de un proceso estructurado sobre la base del sistema acusatorio y ella debe ser conocida por todos —para no soslayar la función esencial que le incumbe en esta materia—. Como lo he dicho en múltiples ocasiones el único parámetro para dar virtualidad o no a su oposición a una *probation* “es que existan y se den ‘razones’ relacionadas con el caso concreto (...) que permitan conocer, o, al menos, deducir, en qué consiste o se funda la conveniencia de que se sustancie el juicio —conveniencia

que (...) algo habrá de explicar acerca de la situación puntual de un determinado sujeto, sobre las particularidades (...) en las que tuvo lugar un determinado suceso o acerca de la impertinencia de resolver el conflicto mediante una salida alternativa al juicio oral y público—. La eventualidad de que el fiscal promueva la realización de un juicio cuando lo crea ventajoso para los intereses generales que encarna, o su suspensión a ‘prueba’, no implica reconocerle facultades discrecionales que de cualquier manera excedan a las que ya tiene otorgadas (...) dentro de los procesos de naturaleza penal que tramitan en la jurisdicción local. En ese sentido, (...) [el MPF posee] cierto margen de discrecionalidad —(...) que se vincula con (...) los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad (...)— para definir el curso de acción que debe seguir (...) [el] proceso” (conforme mi voto *in re* “Estigarribia”, expte. n° 6821/09, resolución del 13/10/2010; entre otros).

Finalmente, las consideraciones que expuse en extenso en los puntos 4 y 5 del precedente “Álvarez” (expte. n° 8981/12, resolución del 21/11/2013), 2 y 3 de “Bisgarra” (expte. n° 10.365/13, resolución del 13/8/2014) y también 2 y 3 de “Yurquina” (expte. n° 10.699/14, resolución del 3/9/2014), a los cuales remito en homenaje a la brevedad, resultan suficientes para descalificar lo resuelto, a contrario *sensu*, por el tribunal *a quo* y para que comparta la solución que proponen mis distinguidos colegas preopinantes. Ello es así, puesto que las circunstancias limitativas o presupuestos de procedencia que los integrantes del MPF denunciaron ausentes, para fundar su oposición a los beneficios en trato y para justificar el juicio de valor negativo a su viabilidad, eran motivos, de carácter legal y objetivo, más que razonables a los fines de dar apropiado sustento a su oposición. En esas condiciones, las suspensiones otorgadas a favor de los involucrados deben ser dejadas sin efecto, porque la Fiscalía ha demostrado que se ha desconocido su expresa, puntual y fundada ausencia de “consentimiento” (art. 76 bis, C.P.).

4. Corresponde, entonces, admitir la queja y hacer lugar el recurso de inconstitucionalidad, revocar la resolución en crisis, en cuanto fue materia de agravio, y ordenar la continuación del trámite.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 93/97 si bien fue interpuesta por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402) debe ser rechazada.

2. El Ministerio Público Fiscal no desarrolla una crítica adecuada del resolutorio de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Los argumentos expuestos por el recurrente en el apartado B) del remedio directo no demuestran que se está frente a una sentencia equiparable a definitiva. Las citas allí expuestas por sí solas no alcanzan para fundamentar la alegada “frustración de los derechos de las víctimas y la imposibilidad del Ministerio Público Fiscal de continuar con el trámite del legajo.” (fs. 95 vuelta). En definitiva no explica de manera adecuada cuál es el daño que merecería reparación inmediata en esta instancia.

En segundo lugar, respecto de la inexistencia de un caso constitucional, la mera reiteración literal del recurso de inconstitucionalidad no suple la carga de crítica adecuada.

A su vez, la denunciada previsibilidad de las decisiones judiciales, denominada “seguridad jurídica”, que menciona la Fiscalía en su queja, no suple la carencia señalada en el párrafo anterior, ni sostiene por sí misma el recurso intentado.

Tal como ya se ha establecido en numerosos precedentes, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto

y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). En el caso de autos la Fiscalía no cumple esa condición y por lo tanto el recurso de queja debe ser rechazado.

3. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja que interpusiera el Ministerio Público Fiscal.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja agregado a fs. 93/97.

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 74/78, *revocar* la sentencia de Cámara, del 16/4/2013, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXXV - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS: BERAZA, JOSÉ MARÍA S/INFR. ART(S) 181, INC. 1º, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Depósito previo. Integración del depósito.

.....

Expte. SAPCyF n° 9380/12 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El día 30/4/2014 el Tribunal decidió rechazar los recursos de queja deducidos por los Sres. Carlos Selser y José María Beraza, dar por perdido el depósito integrado por Beraza y, en lo que aquí importa, diferir la consideración del depósito correspondiente al recurso directo de Selser, a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos que oportunamente aquel había iniciado (fs. 155/158).

2. Una vez firme tal pronunciamiento, la jueza de trámite, conforme lo deliberado en el Acuerdo del día 4/6/2014, ordenó librar oficio al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 8, a fin de solicitarle informe acerca del estado del beneficio iniciado por el Sr. Carlos Selser (fs. 163 y 164).

3. El día 14/7/2014 fue recibido en el Tribunal el oficio de la titular del Juzgado n° 31, a quien le dio intervención la titular del Juzgado n° 8, en el cual se comunicó que: “con fecha 26/12/2012 se formó incidente de beneficio de litigar sin gastos respecto del Sr. Carlos Selser en el cual no se arribó a resolución alguna, toda vez que dicho inci-

dente tramitó hasta (...) que el nombrado fue sobreseído con fecha 4/2/2013, decisión que adquirió firmeza el día 20/3/2013” (fs. 165).

A su vez, el día 11/8/2014 se presentaron conjuntamente el Defensor General y el Defensor General Adjunto a fin de solicitarle al Tribunal que se eximiera a Selser de efectuar el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, por considerar que el anterior titular del MPD había tenido una “razón plausible (...)” para la prosecución de la vía recursiva deducida” (fs. 166 y vuelta).

FUNDAMENTOS:

Las juezas ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG dijeron:

La presentación del Ministerio Público de la Defensa da cuenta que el día 4/2/2013 se sobreseyó a Carlos Selser, “con fundamento en el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes interesadas” (conf. fs. 166). Dicha información, a su turno, aparece respaldada por la comunicación de la titular del Juzgado n° 31 quien, asimismo, informó que la decisión “adquirió firmeza el día 20/3/2013” (conf. fs. 165).

Ahora bien, a los fines de decidir la cuestión del depósito que en esta ocasión nos convoca y más allá de que se compartan o no las apreciaciones que efectuó la defensa con relación a la seriedad de los planteos contenidos en el recurso de hecho que ya fue rechazado por el Tribunal (a fs. 155/158), lo cierto es no puede dejar de recordarse que, al momento de notificársele la nueva integración de este Tribunal y la suspensión del llamado de “autos al Acuerdo” (fs. 144), el sobreseimiento oportunamente dictado con respecto a imputado Selser se encontraba firme hacía meses. En estas condiciones, la defensa debió poner en conocimiento de este Tribunal esta novedad en una oportunidad útil, si pretendía que se relevara al imputado de la exigencia del depósito de ley que reclama el tratamiento y rechazo de dicha presentación directa, evitando de este modo un dispendio jurisdiccional innecesario, pues los agravios planteados habían perdido actualidad. Ello es así, toda vez que, cuanto menos en lo que respecta al imputado Selser, la adopción voluntaria de aquella otra estrategia procesal (es decir, la conciliación y el consecuente dictado de un sobreseimiento) se mostraba incompatible con el tratamiento y el eventual progreso de los planteos articulados ante este Tribunal (voto de la Dra. Conde en, *mutatis mutandi*, “Ministerio Público —Defensoría General de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Victorio Becerra, Susy Aydee s/inf. art. 181, C.P.’”, expte. n° 10.328/13, resolución del 18/6/2014).

En consecuencia, corresponde *intimar* al recurrente, para que, dentro del quinto día de que sea notificado de este pronunciamiento, haga efectivo el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327) y no ha obtenido un beneficio de litigar sin gastos, sin que corresponda hacer excepción en el caso, conforme lo exponen en su voto las doctoras Ana María Conde e Inés M. Weinberg con fundamentos que en lo sustancial comparto (conf. mis votos en: “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, resolución del 14/2/01, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255,

apelación”, expte. n° 2266, sentencia del 16/7/03 y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC, apelación’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Por las razones apuntadas en mi voto en la causa “Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que me remito, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—’”, expte. n° 2212, resol. del 11/6/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Caro, Maximiliano Daniel s/ arts. 61 y 63 CC, apelación’”, expte. n° 2197, resol. del 10/9/2003; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra’”, expte. n° 2279, resolución del 30/9/03; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.’”.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Intimar* a la recurrente a que en el plazo de 5 días integre el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXXVI - PÚBLICO TUTELAR - ASESORIA GENERAL TUTELAR DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN C.D. S/INFR. ART. 149 BIS, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Improcedencia. Ministerio Público Tutelar. Legitimación del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires: improcedencia. Ministerio Público de la Defensa. Defensor oficial.

SUMARIOS:

1. En el marco de un proceso penal, el ejercicio de la defensa técnica de un imputado está en cabeza del defensor oficial o abogado de confianza (art. 29, CPPCABA). (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

2. El Asesor Tutelar no se encuentra facultado para interferir en la estrategia defensiva articulada por la defensa técnica, sino que debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del incapaz o inhabilitado e intervenir en los supuestos excepcionales enumerados en el mencionado art. 49, inc. 2º, de la Ley Orgánica del Ministerio Público. (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

3. Dado que el Asesor Tutelar no alega un supuesto de falta de asistencia o representación legal, o que fuere necesario suplir la inacción de la defensa o que hubiere que controlar la gestión de esta última, carece de legitimación para intervenir en autos. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

Expte. SAPCyF n° 10.320/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Sra. Asesora General Tutelar interpuso recurso de queja (fs. 127/140) contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 81/93. Ese remedio procesal fue presentado contra la decisión de esa misma Sala, del 4/6/2013, que, al confirmar lo resuelto por la jueza de primera instancia, decretó la nulidad del peritaje psiquiátrico que había ordenado el fiscal, a pedido de la defensa de C. D., y del test de alcoholemia y su respectivo informe. Para fundar ese decisorio, los camaristas indicaron que se habían violado las disposiciones concernientes a la intervención del juez y en su caso del fiscal, en actos en los que resultaba obligatoria — conf. arts. 35 y 97 del CPPCABA— (fs. 73/77).

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la AGT indicó que lo resuelto le generaba gravamen irreparable a su asistido en razón de que los derechos involucrados — protección contra las injerencias arbitrarias en el cuerpo y mente y contra las dilaciones indebidas— solo resultan susceptibles de amparo jurisdiccional inmediato. Además, sostuvo que el tribunal *a quo* se había excedido en el ámbito de su competencia, transgrediendo la prohibición de la *reformatio in peius* por haber abordado una cuestión, la de la validez del peritaje psiquiátrico y del test de alcoholemia, que no había sido planteada por las partes.

3. En el auto de fs. 101/104 los camaristas indicaron que el remedio intentado era inadmisibile porque la Asesoría Tutelar no recurría una decisión equiparable a definitiva y tampoco presentaba un caso constitucional.

Frente a esa decisión, el Ministerio Público Tutelar interpuso la queja referida en el punto 1.

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, propició el rechazo de la queja toda vez que entendió que la Asesoría no se encontraba legitimada para recurrir una declaración de nulidad y porque esa decisión tampoco era equiparable a una sentencia definitiva ni se había planteado un caso constitucional (fs. 144/145).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El recurso de queja fue presentado en tiempo y forma por la Asesoría General Tutelar, no obstante debe ser rechazado.

La Ley Orgánica del Ministerio Público dispone que es función del Asesor Tutelar “promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as” (art. 49, inc. 2°).

El Código Procesal Penal de la Ciudad establece: “El/la imputado/a tendrá derecho a hacerse defender por abogado/a de la matrícula de su confianza o por un/a defensor/a público/a. Podrá designar defensor/a aún estando privado de libertad y por cualquier medio (...)” (art. 29).

2. Haciendo una interpretación armónica del plexo normativo expuesto, cabe concluir que, en el marco de un proceso penal como el de autos, el ejercicio de la defensa técnica de un imputado está en cabeza del defensor oficial o abogado de confianza (art. 29, CPP CABA). Por su parte, la función del Asesor Tutelar es promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando 1) carecieren de asistencia o representación legal; 2) fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o 3) hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as (art. 49, Ley Orgánica).

Otra interpretación implica admitir que las facultades del Defensor y del Asesor Tutelar en el marco de este proceso podrían superponerse. Ello, a mi juicio, no se condice con lo establecido por la legislación vigente. El Asesor Tutelar —como señala el Fiscal General Adjunto—, no se encuentra facultado para interferir en la estrategia defensiva articulada por la defensa técnica, sino que debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del incapaz o inhabilitado e intervenir en los supuestos excepcionales enumerados en el mencionado art. 49, inc. 2°, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

3. En autos, no concurre el supuesto excepcional que habilite la intervención del Asesor Tutelar. La Asesoría Tutelar interviene recurriendo una decisión de la Cámara que la defensa ha decidido no cuestionar. Y lo hace sin explicar que en autos se verifique un supuesto de carencia de asistencia o representación legal, o que fuere necesario suplir la inacción de la defensa o que hubiere que controlar la gestión de esta última. En esta inteligencia, debe colegirse que el Asesor Tutelar carece de legitimación: está interviniendo en la estrategia de la defensa sin que medie circunstancia habilitante alguna. Ello se ve cabalmente confirmado con la actuación posterior de la defensa oficial según se informara por Secretaría (conf. fs. 147). En efecto, luego de remitirse la causa a juicio, la defensora oficial pidió la postergación del debate y la realización de un nuevo peritaje sobre su asistido en razón de la nulidad declarada por la Cámara que es lo que aquí viene cuestionado por la Asesoría Tutelar. Se advierte así que mientras la Asesoría reclama la revocatoria de la nulidad dispuesta por el tribunal *a quo*, la Defensa Oficial tomó esa decisión como un hecho consumado y pretende que se repita el peritaje en cuestión.

Por todo lo expuesto corresponde rechazar la queja.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Tal como señala la Sra. Jueza de trámite en punto 3 de su voto, en autos el Asesor Tutelar interviene recurriendo una decisión de la Cámara que la defensa ha decidido no cuestionar. En efecto, con posterioridad a la remisión de la causa a juicio, la Defensora oficial pidió la postergación del debate y la realización de un nuevo peritaje sobre su asistido en razón de la nulidad declarada por la Cámara. Por lo tanto mientras la Asesoría reclama la revocatoria de la nulidad dispuesta por el tribunal *a quo*, la Defensa Oficial pretende que se repita el peritaje en cuestión. Dado que el Asesor Tutelar no alega un supuesto de falta de asistencia o representación legal, o que fuere necesario suplir la inacción de la defensa o que hubiere que controlar la gestión de esta última, carece de legitimación para intervenir en autos. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja de fs. 127/140.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde rechazar la queja obrante a fs. 127/140 pues, sin invocar un supuesto de aquellos en que la ley prevé su intervención (conf. el Título V de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el art. 29 del CPP), el Asesor Tutelar carece de legitimación para intervenir en el *sub lite*. En este orden de ideas, es posible advertir que viene recurriendo una resolución de la Cámara que la defensa ha decidido no cuestionar. En efecto, con posterioridad a la remisión de la causa a juicio, la defensa pidió la postergación del debate y la realización de un nuevo peritaje sobre su asistido en función de la nulidad declarada por el tribunal de mérito (conf. fs. 147). De esta manera, mientras la Asesoría solicita la revocatoria de la nulidad dispuesta a fs. 73/78, la defensa pretende que se repita la peritación en cuestión.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Sin abrir juicio sobre la legitimación procesal de la Asesoría Tutelar para intervenir en el proceso, la suerte adversa de la queja está sellada pues el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no se dirige contra una *sentencia definitiva* o equiparable a tal.

2. La decisión de la Sala II que resolvió decretar la nulidad del auto que dispuso la revisión psiquiátrica del imputado, del dictamen médico de fs. 22/23 y “de todos los actos procesales desarrollados en consecuencia”, así como del “test de alcoholemia de fs. 35/37 del incidente que corre por cuerda y del informe pericial glosado a fs. 38/39 del citado incidente” (sic, foja 77 vuelta) tiene por consecuencia la obligación del imputado de continuar sometido a proceso y, por regla, no reúne el carácter de sentencia definitiva en los términos del art. 27, ley 402 (conf. este Tribunal *in re*: “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—”, expte. n° 3338/04, sentencia del 1°/12/2004, entre muchos otros).

3. Además, los argumentos esgrimidos en el caso por la Asesora Tutelar resultan ineficaces para demostrar que la decisión de la Cámara le provoca algún agravio de imposible o ineficaz reparación posterior.

En efecto, con la finalidad de demostrar el perjuicio irreparable que la resolución que cuestiona acarrearía a su asistido, la recurrente invoca la supuesta afectación del derecho de la persona imputada a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, al respeto de su integridad física, psíquica y moral y a la protección de su honra y honor (foja 138 vuelta). Al desarrollar este agravio lo liga con la posible “reedición, sobre quien padece una afección en su salud mental, de exploraciones psíquicas y fisi-

cas” (foja 138 vuelta). Sin embargo, este efecto que el recurrente atribuye a la decisión criticada no alcanza para justificar la equiparación pretendida, pues no ha sido demostrado que aquel exceda las cargas tolerables por el ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho en razón del sometimiento a proceso penal. Ello es así, máxime, cuando fue el propio imputado, con asistencia de su defensa técnica oficial, quien solicitó la reedición el examen psiquiátrico (conf. certificación de foja 147).

Al propio tiempo, las manifestaciones del recurrente en torno a la afectación, como consecuencia de lo decidido, de la garantía de duración razonable del proceso, tampoco resultan suficientes para dar sustento a la equiparación requerida. En efecto, el recurrente se limita a mencionar que “el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas” exigía “amparo inmediato” (foja 138 vuelta), pero no acompaña esa mención con una argumentación tendente a demostrar, concretamente, cuáles resultarían las dilaciones o trastornos irrazonables a los que su asistido se vería sometido por causa de la decisión de la Cámara. Consecuentemente, la invocación de la vulneración de la garantía de la *duración razonable* del proceso penal aparece, en el caso, como una mera afirmación genérica.

De esta manera, la queja no logra poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007; “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472’”, expte. n° 5285/07, resolución del 12/9/2007, y “Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116 CC, organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación—”, expte. n° 5507, resolución del 9/4/08).

Por lo demás, en torno a la anulación del “test de alcoholemia de fs. 35/37 del incidente [...] y del informe pericial glosado a fs. 38/39 del citado incidente” (foja 77 vuelta), la recurrente carece de agravio dado que no se requirió la incorporación de dichos elementos al debate.

4. Todo ello, al margen del acierto o error de la decisión de la Cámara que, a partir de recursos interpuestos únicamente a favor del imputado, declaró la nulidad del auto a través del cual se ordenó su revisión psiquiátrica, del dictamen médico elaborado con intervención del MPF y la Defensa y, sin cumplir con la exigencia del art. 75, párr. 2°, del CPP, de “todos los actos procesales desarrollados en consecuencia”, cuando dicho informe había sido incorporado para su exhibición en el juicio —junto con las declaraciones testimoniales de los profesionales que intervinieron en su confección—, a instancia de la defensa y sin oposición del MPF, mediante una decisión judicial irrecurrible (art. 210, CPP).

5. Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja.
Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del Dr. José O. Casás.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General Adjunto,
el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 127/140).

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXXXVII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA OESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BASCOPE, JHOAN RENE S/INFR. ART. 111, CC

**QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.
Desistimiento del recurso.**

.....

Expte. SAPCyF n° 11.054/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Oeste interpuso recurso de queja (fs. 63/77) contra el pronunciamiento de la Sala II (fs. 56/61) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la decisión de esa misma Sala que rechazó el planteo de nulidad introducido por el Fiscal de Cámara (fs. 20/25, 28, 30/32 y 35/38).

2. Al tomar intervención en este legajo, el Sr. Fiscal General desistió del recurso interpuesto por la Fiscalía de Cámara porque el MPF no había apelado la decisión que suspendió el proceso a prueba, cuestión que, según alega, no permitía al Sr. Fiscal de Cámara plantear un agravio al momento de contestar una vista y porque la forma en que se conformó la mayoría en la decisión de la Sala II no suscitaba un agravio para que interviniera este Tribunal (fs. 80/82).

FUNDAMENTOS:

Los jueces INÉS M. WEINBERG, ALICIA E. C. RUIZ, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

En virtud de lo estipulado en el art. 31, inc. 3, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja interpuesto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener por desistido* el recurso de queja interpuesto.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXXXVIII - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS MEROVE, MARIELA Y OTROS S/INFR. ART. 181, INC. 1º (DESPOJO) - C.P. (P/L 2303)⁹⁹

**Usurpación. Restitución del inmueble. Declaración de inconstitucionalidad.
Fundamentación por remisión a precedente.**

Expte. SAPCyF n° 10.704/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Defensora General Adjunta interpuso recurso de queja (fs. 53/59) contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs.1/3) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 41/50. Dicha impugnación fue presentada contra la resolución (fs. 34/39) que confirmó la decisión de la jueza de primera instancia del 7/6/13 que, en lo que aquí interesa, había dispuesto el allanamiento y desalojo del inmueble ubicado en la Avenida 2 de abril y Montiel, Torre 37 A, Planta Baja A, de esta ciudad, en los términos del art. 335 *in fine* del CPPCABA (fs. 10/13).

2. En su recurso de inconstitucionalidad el Defensor Oficial sostuvo que la Sala III, al resolver como lo hizo, vulneró los principios de inocencia y legalidad, la garantía de defensa en juicio y el debido proceso. Consideró que la resolución causaba a sus asistidos un gravamen irreparable toda vez que se había dispuesto la restitución del inmueble sin haberlos escuchado previamente, lo cual implicaba, según su opinión, una “pena anticipada” y planteó la inconstitucionalidad del art. 335 del CPPCABA.

3. La Cámara lo declaró inadmisibile porque entendió que no planteaba un caso constitucional.

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención (fs. 76/78), propició que se rechazara la queja por falta de fundamentación y porque en definitiva solo reflejaba un mero desacuerdo con la solución dada al caso.

⁹⁹ *Nota del editor*: Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 25/2/2013 en los autos “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: ‘Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.’”, expte. n° 8142/11, como parte integrante de los votos de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], 2013/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 195.

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque la sentencia de Cámara, aquella que resolvió confirmar la resolución de primera instancia en cuanto había ordenado restituir al “Instituto de Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires” (conf. el art. 335 del CPP) el inmueble ubicado en la Av. 2 de abril y Montiel, Torre 37 “A”, Planta Baja A (conf. fs. 34/39), no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402; y la defensa no ha acreditado que se encuentre en vilo una garantía constitucional, o federal, solo susceptible de tutela inmediata.

2. En primer lugar, los planteos dirigidos a cuestionar la validez del art. 335 del CPPCABA resultan insustanciales, dado que han sido analizados, recientemente, *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: ‘Gómez Cristian s/infr. art. 181 inc. 1º, C.P.’”, expte. n° 8142/11, resolución del 25/2/2013 (sentencia de la que se agregarán copias a la presente).

3. En segundo lugar, la defensa no se ha hecho cargo de explicar cuál sería el perjuicio irreparable que, sostiene, le genera la sentencia de Cámara a su asistida, máxime cuando la medida cuestionada no causa estado (conf. nuestro voto *in re* “Gómez”, ya citado), y no se han controvertido la aptitud de las vías procesales que el ordenamiento prevé para obtener su revisión. Vemos apropiado recordar que aun cuando quepa conjeturar cuál puede ser la situación en que queden quienes se ven desalojados, no es compatible con la función judicial sustituir nuestras conjeturas o meros presentimientos a la evaluación que han hecho jueces de mérito, designados mediante el riguroso mecanismo que instituye nuestra Constitución; menos aún subrogar a la defensa.

En ese marco, no se observa cuál sería el mencionado perjuicio, más que el que su asistida pierda una ventaja o beneficio, que el *a quo*, en base a las constancias de la causa, entendió que carecía de derecho a mantener.

4. Por lo demás, y a fin también de fundar la aludida equiparación, la parte recurrente denuncia que la resolución de la Cámara, por haber desatendido garantías constitucionales al rechazar los planteos de la defensa dirigidos a evitar el desalojo y privar a su defendida de una vivienda digna, resulta arbitraria e “insusceptible de ser considerada como acto jurisdiccional válido” (fs. 56 vuelta).

Ahora bien, conforme lo tiene dicho la CSJN para un recurso de similares características, “...la invocación [...] de arbitrariedad no suple la ausencia de definitividad de la resolución impugnada...” (*Fallos*, 310:1486; 314:657; entre muchos otros). A su vez, la defensa no ha logrado rebatir en su queja las razones que dio el tribunal *a quo* para concluir que el recurrente “no ha explicado en momento alguno la razón por la que no debiera llevarse adelante [la medida cautelar] ni el mejor derecho que a la propiedad, que se denuncia usurpada, tendrían los imputados de dicha usurpación” (conf. fs. 2), a pesar de haber contado con la posibilidad de hacerlo; ni se ha hecho cargo de aquellas otras que llevaron a la Cámara a confirmar la resolución de primera instancia, entre ellas: *i*) que en el caso se investigaba un hecho, *prima facie* verosímil, consistente “en que tres hombres portando armas de fuego se presentaron en la puerta de la vivienda (...), obligando a abandonar el inmueble a los empleados de seguridad (...), para luego permitir el ingreso de Mariela Merove”; *ii*) que la necesidad de su restitución se justificaba, en tanto el “Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad (...) [habría informado] que la vivienda había sido otorgada a los fines de brindar una solución habitacional a un grupo familiar, dispuesta en el marco de un expediente tramitado ante

el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario”; y *iii*) que, por fin, “se encuentra[n] reunidos los requisitos exigidos para proceder de acuerdo a lo norma[do por] el art. 335 del C.P.P.” (conf. fs. 35 vuelta y 36).

5. Por ello, votamos por rechazar la presente queja.

La jueza ANA MARÍA CONDE agregó:

Corresponde intimar a la parte recurrente, para que, dentro del quinto día de notificada de este pronunciamiento, haga efectivo el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, o bien para que acredite, fehacientemente, las circunstancias que justifiquen su exención.

El juez LUIS F. LOZANO agregó:

Por las razones que desarrollé al votar *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/05, a las que me remito, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

La decisión contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a defender no constituye una sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal, con fundamento en las garantías que se invocan. En efecto, se trata de una decisión de los jueces de la Sala III que confirmó la resolución que ordenó el allanamiento de un inmueble a fin de restituirlo provisoriamente al Instituto de Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires.

Reiterados pronunciamientos del Tribunal aclaran que, en principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no tienen tal entidad y el caso traído a estudio de este Tribunal no constituye excepción a este criterio, conforme a las variadas interpretaciones sostenidas acerca de la excepción (conf., entre otros, “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255 —apelación—”, expte. n° 3338/04, resolución del 1/12/2004; *mutatis mutandi* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benitez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007 y “Quiroga, Gabriela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Quiroga, Gabriela s/inf. art. 111, CC’”, expte. n° 7512/10, resolución del 23/3/2011, como sus citas).

2. La Defensa Oficial, en efecto, no ha logrado demostrar el agravio irreparable que le atribuye a la decisión adoptada en primera instancia, confirmada por la Cámara y ya efectivizada con el lanzamiento. En ese sentido cabe señalar, que si bien puede conjeturarse el trastorno real y los perjuicios naturales que la orden de desalojo del inmueble pudo haber ocasionado a las personas que habitaban la vivienda, lo cierto es que fuera de esas consecuencias, propias de toda restitución de un inmueble al propietario o legítimo poseedor, no se ha aportado a la causa ningún otro elemento que autorice a suponer que la medida dispuesta fue ilegítima y provocó algún otro gravamen adicional que pueda considerarse irreparable.

El agravio vinculado con que el libramiento de la orden de lanzamiento fue efectuado sin una audiencia previa con los imputados no fue debidamente sostenido en la queja, circunstancia que impide habilitar la intervención de este Tribunal. Sin perjuicio de ello, aun soslayando ese defecto formal, lo cierto es que la queja no contiene ninguna crítica prolija y suficiente dirigida a rebatir las razones que sustentan en auto denegatorio. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad, los jueces la Cámara advirtieron que “[e]l recurrente se agravia porque se ha resuelto inaudita parte la pertinencia de la medida cautelar”, pero “omite considerar que le fue notificada y que tuvo oportunidad de cuestionar sus fundamentos antes de que se haga efectiva”, a lo que agrega que “no ha explicado en momento alguno la razón por la que no debiera llevarse adelante ni el mejor derecho que a la propiedad, que se denuncia usurpada, tendrían los imputados de dicha usurpación” (fs. 1vuelta/2).

Por lo demás, el recurrente no señala concretamente cuáles habrían sido las defensas y las pruebas que sus asistidos se habrían visto privados de introducir o alegar en aquella ocasión para acreditar el derecho a continuar ocupando el bien, con lo que la invocada vulneración de la garantía constitucional del debido proceso de los desalojados no puede ser atendida tardíamente por este Estrado habilitando la queja por la que se pretende sostener el recurso de inconstitucionalidad denegado, pues la circunstancia apuntada obedece exclusivamente a la discrecionalidad de su propia conducta. La demostración de una conculcación de la garantía de defensa en juicio requiere inexcusablemente que en el planteo se acredite con medios probatorios convincentes el efectivo perjuicio que en el supuesto concreto se produjo respecto de ese derecho, acreditación que, al no haberse acompañado a la causa los elementos documentales de respaldo de las simples alegaciones formuladas, no ha tenido lugar (*Fallos*, 306:149). Es que el Alto Tribunal tiene decidido que no son invocables los agravios de carácter constitucional cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente (*Fallos*, 308:540); o de la inactividad de la parte por no incorporar elementos conducentes para la resolución de la controversia a la causa (*Fallos*, 308:1478). Desde otro ángulo, la genérica alegación realizada en el recurso sobre la “situación de calle” en que se colocó a sus asistidos, no alcanza para ver configurado un supuesto que permita al Tribunal apartarse de la jurisprudencia antes reseñada.

3. En estas condiciones, corresponde rechazar la queja de fs. 53/59 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que la imputada no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re*: “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszcuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—”, expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 437 y ss.; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La certificación agregada a fs. 79 permite tener por acreditado que el allanamiento del inmueble de la Av. 2 de abril y Montiel, Torre 37, PB “A” de esta ciudad se llevó a cabo el 04/4/14 y se desalojó a sus ocupantes.

La CSJN tiene dicho que las sentencias deben ajustarse a las condiciones existentes al momento en que ellas se dictan, pues no corresponde emitir opinión sobre planteos que han devenido abstractos, por cuanto el pronunciamiento se torna inoficioso al decidir un conflicto litigioso carente de actualidad (véase *Fallos*, 335:1539, y sus citas, entre muchos otros).

En virtud de lo que antecede, las cuestiones planteadas por la Defensoría General en su recurso de queja han devenido abstractas, por lo que corresponde así declararlo, dar por concluido el trámite e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que la imputada no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido un beneficio de litigar sin gastos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La Defensora General Adjunta interpuso en tiempo, en forma y con la debida fundamentación (art. 33 de la ley 402) un recurso de queja, a través del cual planteó una serie de críticas que se encuentran bien razonadas en contraste con la resolución que rechazó su recurso de inconstitucionalidad.

Sobre este último recurso, y dado que ya me he expedido sobre la inconstitucionalidad del art. 335 *in fine* del CPPCABA resulta pertinente remitir a los fundamentos y solución expuestos en mi voto en el precedente “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1, C.P.’”, expte. n° 8142/11, resolución de fecha 25/2/2013, de la que se agregará copia para que forme parte de este nuevo pronunciamiento.

2. Por ello, voto por a) *hacer lugar* a los recursos de queja y de inconstitucionalidad; b) *declarar* la inconstitucionalidad del art. 335, *in fine*, del CPPCABA; c) *ordenar* el archivo de las actuaciones y d) *agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 25/2/2013 en los autos “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.’”, expte. n° 8142/11.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que le compete al Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 142/152).

2º. *Intimar* a la recurrente para que en el término de cinco días integre el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 25/2/2013 en los autos Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.’”, expte. n° 8142/11.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

“MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/ QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: ‘INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS: GÓMEZ CRISTIAN S/INFR. ART. 181, INC. 1º, C.P.’”

Expte. SAPCyF n° 8142/11 - 25/2/2013

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Como se señaló en el pronunciamiento de fs. 54/55, la presente queja fue interpuesta por el Defensor General de la Ciudad ante la denegación del recurso de inconstitucionalidad que la defensora de Natalia del Rosario Monsalvo Velázquez había deducido —a su vez— contra la confirmación de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (Sala II) de lo resuelto por la titular del Juzgado en lo PCyF n° 3 (fs. 15/19). La jueza de primera instancia había dispuesto, en el marco de un proceso penal iniciado por la presunta comisión del delito de usurpación, el reintegro a su titular de la finca sita en la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10º, departamento “A”, en los términos del art. 335, párr. 4º, CPPCABA (fs. 4/6).

2. La Defensora Oficial cuestionó, en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 22/31), la validez del art. 335 del CPPCABA y la sentencia de la Cámara por afectar la garantía de la defensa en juicio, del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio.

3. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad porque entendió que la decisión cuestionada no revestía el carácter de sentencia definitiva y que la recurrente no había logrado demostrar la existencia de un verdadero caso constitucional (fs. 34/37).

4. El Defensor General sostuvo en la queja que el Tribunal debía expedirse sobre el planteo porque “la aplicación de la medida cautelar de lanzamiento preventivo, tal como está prevista en el Código Procesal Penal de la Ciudad, y en las condiciones en que pretende ser aquí implementada, impide que la persona destinataria de dicha medida de fuerza pueda discutir acerca de la conveniencia y necesidad de llevarla a cabo, pues no prevé la posibilidad de cuestionar la racionalidad de la decisión, desconociendo el ejercicio de control por parte de la defensa sobre las razones del MPF, sin un verdadero acceso a la investigación, a conocer la imputación y las pruebas”.

5. Al contestar la vista, el Fiscal General de la Ciudad postuló el rechazo de la queja por considerar que las decisiones en materia de medidas cautelares no eran equiparables, por regla, a una sentencia definitiva y porque tampoco se había demostrado que en el caso se estuviera ante un supuesto de excepción (fs. 59/60).

6. Una vez que las actuaciones se encontraban en condiciones de ser resueltas (fs. 61), de la deliberación efectuada entre los magistrados resultó la necesidad de integrar el Tribunal (conf. fs. 62), diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 63/64.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno

(art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

La decisión contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a defender no constituye sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal, con fundamento en las garantías que se invocan. Reiterados pronunciamientos del Tribunal aclaran que, en principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no tienen tal entidad y el caso traído a estudio de este Tribunal no constituye excepción a este criterio, conforme a las variadas interpretaciones sostenidas acerca de la excepción (conf., entre otros, “Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255 —apelación—”, expte. n° 3338/04, resolución del 1°/12/2004; *mutatis mutandi* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benitez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007 y “Quiroga, Gabriela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Quiroga, Gabriela s/inf. art. 111 CC’”, expte. n° 7512/10, resolución del 23/3/2011, como sus citas).

2. La defensa oficial no se hizo cargo de rebatir, en sus presentaciones, los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara al confirmar la decisión de primera instancia que dispuso el reintegro de la finca habitada por los imputados y al declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

En efecto, los jueces trataron ampliamente los agravios planteados en la apelación y los descartaron del siguiente modo: respecto de la cuestionada validez constitucional de la norma procesal (art. 335 del CPPCABA) dijeron que no afectaba el estado de inocencia dado que,

como todo instituto cautelar, tendía a asegurar los fines del proceso para evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien pedía la restitución del inmueble, y tampoco importaba una pena anticipada porque el procedimiento penal no se agotaba con el reintegro del inmueble a su titular.

Respecto a la pertinencia de la medida adoptada, explicaron que se había demostrado: *a)* que el titular registral de la unidad era la Comisión Municipal de la Vivienda —hoy Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires— y el Sr. Jorge Antonio Vázquez su legítimo adjudicatario; *b)* que el ingreso a la finca por parte de uno de los imputados de la causa fue de modo violento; *c)* que esa persona había amenazado al Sr. Vázquez, cuando intentó regresar, y también a su hija; *d)* que el contrato de locación y un recibo de pago acompañados por la imputada no habían sido firmados por el adjudicatario de la vivienda; *e)* que los dichos de Natalia Monsalvo habían sido controvertidos por el resultado de un peritaje scopométrico. Con esos elementos de juicio los jueces concluyeron que el peligro en la demora para justificar la medida cautelar se encontraba correctamente fundado toda vez que la vivienda ocupada era el único lugar de residencia que poseía el Sr. Vázquez (y su familia), quien por ese motivo estaba viviendo en un Hogar de Día.

Finalmente, también destacaron que la imputada Monsalvo había concurrido en una oportunidad a la Fiscalía a fin de ejercer su descargo y luego, al ser convocada en los términos del art. 161 del CPPCABA, no compareció, razón por la cual —aclararon— no podía afirmarse que los imputados no habían sido individualizados o que no habían tenido oportunidad de ejercer sus defensas.

De todos esos argumentos la defensora únicamente refutó parte de los brindados por la Cámara para descartar la afectación del derecho de defensa en juicio en el caso, señalando que en la oportunidad en que se presentó ante la Fiscalía la señora

Monsalvo aún no contaba con su asistencia técnica. Sin embargo, la defensa soslayó el resto de los fundamentos brindados en la sentencia, limitándose a reiterar los planteos efectuados en el recurso de apelación. Por esa razón, los camaristas sostuvieron, al denegar el recurso de inconstitucionalidad, que la Defensora Oficial había utilizado los mismos argumentos que la Sala ya había desechado, sin hacerse cargo de controvertir los fundamentos de la sentencia recurrida.

Se imponía entonces, en la queja, refutar esa aseveración de los jueces, pero tampoco en este caso se cumplió con dicha carga procesal. Por el contrario, el señor Defensor General prácticamente no hizo ninguna alusión a las razones dadas por los magistrados tanto para confirmar el decisorio de primera instancia como para denegar el recurso de inconstitucionalidad. Por el contrario, procedió a efectuar una crítica genérica a la aplicación, en los procesos penales, de la norma del art. 335 del CPPCABA invocando el desconocimiento, por parte de los magistrados, de las exigencias establecidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero sin vincularlas con las circunstancias concretas de la situación procesal de su asistida y omitiendo toda referencia a que la medida cautelar se impuso, entre otras razones, para evitar que el presunto delito de usurpación siguiera produciendo sus efectos.

3. Cabe recordar, al respecto, que “la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundamentalmente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (conf. “Carrefour Argentina SA s/recurso de queja”, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. II, ps. 20 y siguientes). En suma,

es la falta de fundamentación adecuada del recurso incoado el motivo que determina la improcedencia de la vía.

Sin perjuicio de que la insuficiencia señalada impide habilitar la competencia de este Estrado, *obiter dicta*, me permito señalar que, con las matizaciones del caso, no me apeo del criterio que sustentara en una causa con la que esta guarda un determinado grado de analogía (“Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa Alicia y otros s/desalojo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1556/02, sentencia del 7 de octubre de 2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, pp. 458 y ss.).

De todos modos, muchas de las observaciones que pudieran formularse al procedimiento tal cual está instituido en el art. 335, CPP, logran superarse a través de las pautas fijadas en el protocolo de actuación contenido en la resol. FG 121/08.

4. En esas condiciones, corresponde rechazar la queja de fs. 42/51. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, párr. 2°, ley 402), corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado según constancias de fs. 39/41 (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—”, expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 376 y ss.).

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Este Tribunal tiene dicho que las decisiones que acuerdan o deniegan medidas cautelares no configuran la “sentencia definitiva” a la que se refiere el art. 27 de la ley 402; y la defensa no ha acreditado que corresponda hacer excepción a esa regla en el sub lite.

1.1. La defensa sostiene que el párr. 4º del art. 335 del CPPCABA, que autoriza “[e]n los casos de usurpación de inmuebles” a ordenar el reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, es inconstitucional porque permite que la restitución sea ordenada sin que se escuche a los “afectados”, circunstancia que, afirma, viola la garantía de defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia.

Si bien esa tacha suscita, como principio, la intervención prematura de este Tribunal, los planteos en que se funda no encuentran correlato con lo ocurrido en el sub lite. Según surge de las constancias de la causa, sin que exista controversia al respecto, la “afectada” por la medida dispuesta por los jueces de mérito, la Sra. Natalia del Rosario Montalvo Velázquez, no solo tomó conocimiento del pedido de restitución con carácter previo a que se ordenase esa medida, sino que, entre otros: *i)* ofreció prueba, la que fue valorada por los jueces de mérito; *ii)* fue citada a responder por el hecho cuya comisión se investiga (conf. el art. 161, CPPCABA); y *iii)* cuenta con la asistencia de la defensa oficial. En suma, la defensa no ha acreditado el perjuicio que invoca.

1.2. En efecto, conforme tuvo por probado la Cámara, sin que exista controversia al respecto:

i) las actuaciones se iniciaron, el 27 de julio de 2009, con una denuncia de la Sra. Gabriela Fabiana Vázquez. Señaló que vivía con su hija, de 14 años, y su padre, el Sr. Jorge Antonio Vázquez en el departamento sito en la calle Lafuente 1550, Torre 3, Piso 10, Departamento A y que al regreso de sus vacaciones encontró que la puerta de entrada a su vivienda estaba rota, sin cerradura y al intentar ingresar a su casa fue atendida por un vecino, Cristian Gómez, quien le dijo que había echado a su padre de la

propiedad, y que si intentaba entrar la iba a matar (conf. fs. 4 y 17 vuelta de la sentencia de Cámara);

ii) luego, se colectaron diferentes elementos de prueba: *a)* la declaración testimonial del sub-inspector Sergio Daniel Quintana, quien se constituyó en el domicilio e identificó a los ocupantes; *b)* un peritaje realizado sobre la puerta del inmueble; *c)* un informe de una comunicación telefónica mantenida con el Sr. Jorge Antonio Vázquez; *d)* el informe de dominio efectuado por el Registro Nacional de Propiedad Inmueble; *e)* un informe realizado por el Cuerpo de Investigaciones Judiciales del Ministerio Público Fiscal, donde se asentaron las declaraciones de algunos vecinos; *f)* el informe de la Guardia de Auxilio y Emergencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y *g)* el informe realizado por el personal del Programa Buenos Aires Presente;

iii) la hoy recurrente, Natalia Monsalvo, se presentó ante la Fiscalía nro. 4 afirmando que “...concurr[ía] en virtud de que recibió un mandamiento para que h[iciera] un abandono voluntario de la referida vivienda [, la ubicada en la calle Lafuente 1550, Torre 3, Piso 10, Departamento A,] y sost[uvo] que en el mes de marzo de este año celebró un contrato de alquiler con el Sr. Jorge Vázquez...” (conf. fs. 5 de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara, conf. fs. 19). En esa oportunidad, acompañó “...el contrato original y [un] recibo

- por la suma de pesos cuatro mil (\$4000)” (conf. fs. 5 de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara);
- iv) con posterioridad, se agregó el acta labrada por el oficial de justicia Christian Cazenave, donde se dejó constancia que la Sra. Natalia Monsalvo atendió la puerta del inmueble cuya usurpación denunció la Sra. Vázquez, quien dijo vivir allí con su hija, de dos años, su hermana, Romina Monsalvo, y sus dos sobrinos, de 3 y 4 años (fs. 5 de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara);
- v) el primero de julio de 2010 prestó declaración el Sr. Jorge Antonio Vázquez, quien desconoció las firmas del contrato de locación y recibo acompañados por Monsalvo (conf. 5 de la sentencia de primera instancia y fs. 17 vuelta de la sentencia de Cámara);
- vi) se realizó un peritaje “scopométrico”, donde se concluye que “no pertenecen al Sr. Jorge Antonio Vázquez la firma ubicada en el sector izquierdo sobre la leyenda que reza ‘firma locador’ de la primera hoja del contrato de locación (ley 23.091) y la firma ubicada en el sector inferior derecho del recibo” (conf. fs. 5vuelta de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara, y 17 vuelta de la sentencia de Cámara);
- vii) también, el informe de la comunicación telefónica mantenida con otra persona que vive en el edificio ubicado en la calle Lafuente 1550, el Sr. Luis Lederman (conf. fs. 5 vuelta de la sentencia de primera instancia);
- viii) el 23 de septiembre de 2010, el Sr. Jorge Antonio Vázquez solicitó el reintegro del inmueble (conf. fs. 5 vuelta de la sentencia de primera instancia);
- ix) la Sra. Natalia Monsalvo fue citada el día 17 de septiembre de 2010 en los términos del art. 161 del CPPCABA, empero no compareció (conf. fs. 18 vuelta de la sentencia de Cámara);
- x) el fiscal Rozas solicitó a la justicia penal, contravencional y de faltas que se librase orden de allanamiento “...sobre el inmueble de la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10, departamento ‘A’, de esta Ciudad, a fin de materializar el procedimiento de restitución a su propietario, de acuerdo a los previsto en el art. 335, *in fine*, del CPPCABA” (fs. 1/3 y 5vuelta de la sentencia de primera instancia).

1.3. La Cámara entendió, sobre la base de esas constancias, que estaba acreditada la apariencia de buen derecho que debe preceder al dictado de la medida requerida, destinada a hacer cesar la comisión del delito tipificado por el art. 181 del C.P., o sus efectos. En palabras de la Cámara: “...tanto con los elementos de cargo hasta aquí reunidos, apuntados en el presente decisorio, como en función de los restantes glosados en el legajo y valorados por el a quo, se halla acreditado, con el grado de provisionalidad propia de la etapa en que este transita, el desalojo ilegal por personas ajenas a la finca sita en la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10, depto. ‘A’ de esta [C]iudad, en perjuicio de los damnificados Jorge Antonio Vázquez, Gabriela Fabiana Vázquez y su hija...” (fs. 18 vuelta de la sentencia de Cámara).

En ese orden de ideas, la Cámara sostuvo que: *i*) los testimonios reunidos permiten tener por acreditado, o por presumible, "...el obrar ilícito perpetrado por Cristina Gómez, quien ingresó ilegítimamente junto a su familia a la unidad de marras a través de la violencia ejercida en la puerta de ingreso..." (conf. fs. 17 vuelta/18); y la "...ocupación ilegal que luego protagonizaran Natalia y Romina Monsalvo" (fs. 17 vuelta); *ii*) las conclusiones del peritaje "scopométrico" realizado sobre la prueba aportada por la parte recurrente (un contrato de alquiler y un recibo firmado por el Sr. Jorge Antonio Vázquez) daba cuenta de que las firmas en esos instrumentos no pertenecían al Sr. Jorge Antonio Vázquez, lo que justificó la remisión de testimonios para que se investigara en la órbita pertinente la posible comisión de un delito; *iii*) el peritaje practicado sobre la puerta del inmueble permitía extraer "...que la abertura examinada se encontraba sin cerradura, observándose en su lugar daño y signos de forzamiento, al igual que en el marco de la puerta" (conf. fs. 18); y *iv*) de los datos suministrados por el Registro de la Propiedad Inmueble y por el Instituto de la Vivienda de la CABA surgiría que el Sr. Vázquez, a quien se ordenó reintegrar el inmueble, era su propietario. Asimismo, la Cámara destacó que la Sra. Natalia Monsalvo no había comparecido a la citación en los términos del art. 161 del CPPCABA, y sostuvo que si se aceptara la tesis de la defensa "...bastaría que la misma [la Sra. Monsalvo,] dej[ara] de acudir una y otra vez [al mencionado acto] para frustrar el lanzamiento" (fs. 18 vuelta).

Finalmente, el *a quo* señaló que el Sr. Vázquez "se encontraba viviendo en el 'Hogar de Día Santa Ana y San Joaquín'" (fs. 18 vuelta).

1.4. Esa decisión, tal como destacaron los jueces de mérito, tuvo por objeto hacer cesar una conducta que se estimaba, *prima facie*, delictual, o sus efectos. En modo alguno importó emitir una decisión judicial acerca de la validez del contrato de

alquiler acompañado por la Sra. Monsalvo, ni ello habría sido posible. El contrato solo pudo ser valorado a los fines del objeto del proceso penal. Los derechos de propiedad allí involucrados no son el objeto de este proceso. De hecho, la decisión no buscó apoyo exclusivamente en esa prueba, ni habría podido encontrarlo. Ella se sustentó, principalmente, en aquella otra que daba cuenta de los indicios de una conducta que el art. 181 del C.P. sanciona; el ingreso a una propiedad por medio de violencia y/o amenazas; prueba que no se vio desvirtuada, a juicio de los magistrados, por el contrato y recibo acompañado por Monsalvo. El juez penal está llamado a juzgar acerca de la existencia de alguna conducta que dé cuenta del "despojo", total o parcial, de la posesión o tenencia de un inmueble por medio de: violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad (conf. el art. 181 del C.P.). Para que resulte válida la orden que disponga la restitución provisora del inmueble, los elementos de prueba reunidos deben dar cuenta de alguna de esas conductas. Ello es así, porque si no se halla acreditada suficientemente alguna de esas acciones, no se podría afirmar válidamente que la medida adoptada tiene por objeto hacer cesar la comisión de la conducta tipificada por el art. 181 del C.P., o sus efectos. En otras palabras, cualquiera sea la validez de los actos celebrados con relación al inmueble de que se trate, no es competencia del juez penal valorarlos, sino juzgar aquellas conductas imputadas que constituyan un ilícito penal.

1.5. La defensa viene señalando que la medida de restitución fue ordenada sin que se le hubiera permitido a su asistida, la Sra. Natalia Monsalvo, probar si "...disponía del derecho a vivir en la finca de marras" (conf. fs. 47 de la queja). En línea con ello, sostiene que los jueces de mérito debieron garantizar, con carácter previo al dictado de la medida cautelar, el "contradictorio".

Empero, el *a quo* examinó los elementos de prueba con que contaba (entre

los que se encontraban pruebas aportadas por la hoy recurrente) ordenando la medida cautelar aquí cuestionada; medida que, por su carácter, no causa estado, extremo, este último, del que tampoco se hizo cargo la defensa.

A su vez, la Sra. Monsalvo no solo tomó conocimiento de las actuaciones con carácter previo a que se dictara la medida aquí cuestionada, sino que ofreció prueba —un contrato de alquiler y un recibo— que fue valorada por los jueces de mérito, y en sus presentaciones posteriores no ha indicado otra prueba de la que hubiera pretendido valerse, cuya producción le hubiera sido negada por los jueces de mérito. De ahí que no se advierte, ni la defensa lo explica, que Monsalvo no hubiera podido probar la verosimilitud del derecho que sostiene le asiste, con carácter previo a la adopción de la medida.

En segundo lugar, y aunque la defensa no aborde la cuestión en la queja, no se observa qué efectos perniciosos le habría podido generar a Monsalvo no haber contado con asistencia técnica cuando se presentó ante el fiscal, puesto que a ese tiempo no era parte en el proceso penal y el art. 29 del CPPCABA limita la asistencia del defensor oficial al imputado.

En tercer lugar, la parte recurrente sostiene que no se trabó un “contradictorio” en el *sub lite*, pero no se hace cargo ni de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Cámara acerca de que no es el ámbito para trabarlo ni de que la Sra. Monsalvo fue citada con arreglo a lo previsto en el art. 161 del CPPCABA y no se presentó. La defensa, cuando menos, debió hacerse cargo de ese hecho si pretendía afirmar la ausencia de un “contradictorio”; también para sostener que su asistida “...no ha sido siquiera anoticiada de modo preciso cuál es el hecho que se le imputa” (conf. fs. 44vuelta). Si bien, con arreglo a la doctrina aquí sentada, no es un requisito para la procedencia de la restitución del inmueble que se le impute un delito al posible “afectado”, lo cierto es que en el caso esa impu-

tación se intentó llevar a cabo, aun cuando toda la argumentación de la defensa soslaye ese suceso. A su vez, la defensa también omite controvertir el argumento de la Cámara con arreglo al cual si la medida de restitución quedaba supeditada al cumplimiento por parte de la Sra. Monsalvo de la citación en los términos del art. 161 del CPPCABA, la restitución quedaría sujeta a un hecho cuya ocurrencia dependería únicamente de la voluntad de la Sra. Monsalvo, es decir, el de presentarse a escuchar aquella imputación.

Finalmente, la defensa sostiene que la decisión fue adoptada sin que se tuviera en cuenta la “...verosimilitud de la ocurrencia del hecho” que se investiga, sin hacerse cargo de las razones que dieron los jueces de mérito para su dictado.

1.6. En suma, aunque no fuera necesario para ordenar la restitución, la “afectada” tomó conocimiento de las actuaciones, ofreció prueba y fue citada a declarar en los términos del art. 161 del CPPCABA por la comisión de la conducta que aquí se investiga, todo, con carácter previo a que se ordenara la restitución. De nada de eso se hizo cargo la defensa. Por el contrario, se limitó a afirmar que su asistida no había tenido oportunidad de demostrar su derecho a vivir en el inmueble, pero sin conectar esos dichos con lo que efectivamente ha ocurrido en la causa.

Por su parte, la verosimilitud de la solicitud de reintegro, así como la necesidad de evitar la continuidad de lo que prima facie se consideró una conducta delictual han sido valoradas por el a quo con apoyo en un precepto legal y con respaldo en elementos de hecho y prueba (entre los cuales se encontraron pruebas acompañadas por la parte recurrente) que no fueron rebatidos por la defensa y, por tanto, exceden las atribuciones de este Tribunal (art. 27 ley 402).

1.7. Finalmente, los planteos dirigidos a sostener que el art. 335 del CPPCABA pone en vilo el derecho a la vivienda de quienes “ocupan” el inmueble (fs. 22/31)

resultan insustanciales porque la defensa no controvierte ni los hechos de la causa, ni la doctrina que tiene sentada este Tribunal en la materia (conf. el último párrafo del punto 9.5. de este voto).

1.8. No obstante todo lo expuesto más arriba, el enjundioso desarrollo de los votos de la Dra. Ruiz y del Dr. Corti nos lleva a analizar obiter dictum la cuestión en torno al art. 335 del CPPCABA de manera sistémica, es decir, globalmente, con el objeto de que lo aquí expuesto muestre cómo tiene en mira la solución de otros casos regidos por esa regla, tal como lo han hecho aquellos votos.

Este Tribunal, como ocurre habitualmente con los que encabezan un Poder Judicial, sea local o federal, tiene como modo de acción la formulación de doctrina, antes que abocarse a los hechos de una causa; materia, esta última, cuya resolución es, como principio, privativa de los jueces de mérito. La aplicación posterior de esa doctrina permite que el orden jurídico tenga un contenido uniforme para todos los casos que el Poder Judicial resuelve.

La actuación del Tribunal en el supuesto del art. 113, inc. 3º, de la CCBA está, empero, circunscripta a causas, no se pronuncia en abstracto, cosa que ocurriría tanto en el supuesto de no tener una presente, como en el de sentarla para asuntos ajenos a ella. Sin embargo, al tiempo de sentar la doctrina para la solución de un caso no debe serle ajena la consideración de otros supuestos a los que deba aplicársele la misma regla. Tenerlos en mira, dentro de sus posibilidades, permite que la solución elaborada no arroje un resultado imprevisto y, por sobre todo, incoherente. Es que son los jueces quienes, en definitiva, deben asegurar que los órdenes jurídicos sean sistemáticos, no en el sentido de Austin o de Kelsen de provenir las reglas de una autoridad o un modo de creación común, sino en el sentido de constituir un conjunto de reglas consistentes y en lo posible completas. Ello así, por la perspectiva con que les toca abordar esa aplicación.

Cierto es que el juez debe ser extremadamente cuidadoso al cumplir su función con ese alcance, puesto que corre el riesgo de exceder la consideración de supuestos previsibles como campo de prueba de su interpretación para resolver en abstracto como lo haría el legislador y sin haber oído a quienes podrían ser partes del debate en esas eventuales contiendas.

Introducción:

2. Comenzaremos por recordar algunas premisas imprescindibles para comprender la cuestión acerca de la que nos toca pronunciarnos.

2.1. Las contiendas de la especie de la que nos ocupa no son siempre ni exclusivamente entre particulares, ni son privadas las acciones que instan la actuación judicial. Por el contrario, es el Estado, mediante el ejercicio de la acción pública, el que promueve la intervención del Poder Judicial (conf. el Título XI del Código Penal, y los arts. 3º y 4º del CPPCABA).

2.2. El bien en juego, a diferencia de lo que sostiene el Dr. Corti, no es la propiedad de un dueño¹⁰⁰.

El Dr. Corti parte de la premisa de que el derecho protegido penalmente es el de propiedad de quien es despojado de la posesión de un inmueble. En línea con esa conclusión, sostiene que el reintegro provisorio del inmueble que regula el art. 335 del CPPCABA puede ser caracterizado como una medida “autosatisfactiva” (cuestión que retomamos más abajo y en los puntos 8 a 8.2. de este voto).

2.3. El proceso penal no está diseñado para la tutela del derecho de dominio ni otros de propiedad de un titular, sino para el aseguramiento de un orden público que se vería perturbado por la afectación de un

¹⁰⁰ En palabras de Corti “d) equilibrar de forma justa los derechos de todas las partes involucradas sin afectar el sentido práctico de la institución (reestablecer el derecho real afectado)” (punto 11.4 de su voto).

derecho de propiedad, generalmente, pero no siempre, de un titular privado, contra el cual va dirigido el delito cuya presunta comisión se investiga. En verdad, todo el derecho penal está dirigido a generar un escenario en el cual haya un generalizado respeto por los bienes que las normas tutelan antes que a reponerlos o compensar las afectaciones singularmente cometidas contra ellos. Puesto en otros términos, una cosa es el bien tutelado por la norma penal, y otra el objeto del proceso. Así como en el homicidio (conf. el art. 79 del C.P.) el bien tutelado es la vida y el objeto del proceso penal la conducta del presunto homicida, en la usurpación el bien tutelado es la propiedad, posesión o tenencia del inmueble y el objeto del proceso la conducta de quien lo usurpa, no los derechos de propiedad en torno al inmueble usurpado. La reparación del bien tutelado, la vida en el primer caso o la propiedad en el segundo, podrá ser objeto de un proceso civil, empero no es el centro del penal, aun cuando el art. 12 del CPPCABA permite reunir la acción resarcitoria a la penal, supuesto en que quedaría extendido el objeto del proceso, pero, no eliminaría este central al que nos venimos refiriendo. De este modo, el derecho busca asegurar un bien público distinto de la vida o la propiedad que tienen titulares personales. Ese bien podría ser denominado la paz social, pero, más allá del modo en que nos refiramos a él, lo cierto es que se trata de un bien de todos los que convivimos en una sociedad con la certeza de que las posibilidades de que alguien nos prive de nuestros bienes sean relativamente bajas.

El profesor Günther Jakobs se refiere a esa cuestión en los siguientes términos: “El carácter público del conflicto: Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales (...). Pero (...) de las infracciones de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público, si es que se trata de nor-

mas legítimas de Derecho penal. *Jurídico-penalmente solo se garantizan aquellas normas a cuya observación general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica.* La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual ‘persona singular’, sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social. Ejemplo: La propiedad tiene para muchos el valor propio de los bienes existenciales, mientras que por el contrario la respetan muy poco algunas personas, naturalmente menos numerosas; no obstante, la protección jurídico-penal de la propiedad tiene lugar sin atender precisamente al propietario, y desde luego no solo por la necesidad, ineludible en la práctica, de generalizar al concebir las normas jurídicas, *sino también y previamente por la orientación de la protección al significado de la propiedad para la sociedad en su conjunto.* Esta perspectiva pública no excluye que se considere, en un delito contra la propiedad, la afección individual de la víctima, pero esta afección debe ser demostrable a su vez como asunto público (como el efecto coactivo del hurto), si es que ha de influir al menos en la medida de la pena.” (JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.12, el destacado no pertenece al original).

2.4. Es por ello que la acción es pública y aunque se admita en la legislación procesal local la participación del particular damnificado (conf. el Capítulo 3° del Título I del CPPCABA), no se debe olvidar que la acción, tal como destacamos más arriba, es conferida por la legislación común emitida por el Poder Legislativo Nacional y este la ha investido en un único titular: el pueblo. Esto es lo que se dice más brevemente cuando se habla de acción pública. Es decir, que la acción sea pública da cuenta de que hay un interés del pueblo en que no existan “usurpaciones”. No del

pueblo de la CABA por los delitos cometidos en la CABA sino del de toda la República por los delitos cometidos en todo su territorio, aun en el de la CABA. Si el interés en juego fuera uno exclusivamente individual, la acción habría sido organizada por el Congreso como dependiente de instancia privada o, directamente, como privada. En ese orden de ideas, en varias partes de los fundamentos que se expusieron en el Congreso al tratar la modificación del C.P. que dio lugar al actual texto del art. 181 del C.P. se destaca el interés social que existe en que no hayan “usurpaciones” (conf. “Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 58ª Reunión—25ª Sesión Ordinaria— 8 de febrero de 1995”, p. 5994, y “Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación 30ª Reunión —Continuación de la 4ª Sesión Ordinaria de Prórroga (especial)—, diciembre 7 de 1993”, p. 3707 y 3708). A su turno, es deber de los jueces locales buscar que las soluciones a las controversias que son puestas a su consideración se encuentren dentro del espectro que dan tanto la Constitución nacional y la local, como las leyes de ambas jurisdicciones.

En el modo en que está prevista en el C.P., la acción no puede ser renunciada por el titular del dominio, posesión o tenencia afectado. Podrá disponer de sus derechos subjetivos, regidos por el derecho privado, a favor del autor del delito, pero, no de la acción penal, no puede indultar aun cuando sus actitudes pueden tener influencia en el desarrollo del proceso penal, pero, siempre una influencia que no es la de disponer de la acción penal. En ese orden de ideas, Soler enseña que “[e]l interés del Estado por la efectividad de la sanción reviste distintas formas...”; y la “...acción pública [es] aquella que debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado, con o sin la cooperación del particular damnificado o de otro particular” (conf. SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tea, pp. 528/529). Es, como dijimos, una facultad del Congreso establecer a quién le

es conferida la acción penal. Por ejemplo, nada impide que la acción para perseguir la sanción de un delito sea pública o privada a la vez; incluso una de esas dos acciones podría estar subordinada a las resultas de la otra. Pero, lo cierto es que cuando la acción es concebida como “pública” existe un interés social en que la conducta de que se trate sea sancionada.

2.5. En tales condiciones, podría ser desconocido el titular del derecho real sobre el inmueble, o permanecer este inactivo, y aun así subsistiría plenamente la potestad del fiscal de perseguirla. La acción, como se dijo, está acordada por el Estado Nacional; pero, su ejercicio se rige por las normas que cada gobierno local diseña, según su concepción acerca de cómo organizar sus propias instituciones.

Suponer que el art. 335 del CPPCA-BA puede tener la índole de una medida “autosatisfactiva”, importa ver el proceso penal como uno dirigido a la recuperación del inmueble. No bien se tiene en mira que el proceso tiene por objeto una conducta sancionada por el Código Penal, la medida no puede ser “autosatisfactiva”, pues el proceso no tiene por objeto esta satisfacción, ni, nos adelantamos a una posible observación, tan solo el cese del delito.

2.6. En síntesis, existe un interés del pueblo en que no haya “usurpaciones” y el proceso viene a juzgar, entre otras, las conductas que pongan en vilo ese interés.

Normativa

3. En ese marco se insertan los dos últimos párrafos del art. 23 del C.P. (cuya validez no viene discutida), que dicen:

“El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el

o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros” (el destacado no pertenece al original).

3.1. Por el modo en que están distribuidos los poderes entre el Estado federal y los locales, la parte destacada no puede invadir facultades locales regulando cuestiones de carácter procesal; por lo mismo, la interpretación que se acuerde a la norma debe respetar la C.N. como contexto en el que está formulada la norma. No se dispone en ella acerca del modo en que deben ser organizados los procesos judiciales en las jurisdicciones locales, cuestión cuya regulación, como adelantamos, ha quedado reservada a los estados locales. Se establece, en cambio, la obligación de hacer cesar, lo antes posible, la comisión de la conducta que se estima, prima facie, penalmente típica, o sus efectos. Esa previsión viene a integrar aquellas otras que establecen cuáles son los bienes jurídicos penalmente tutelados acordándoles un mayor nivel de protección. No es lo mismo que se deba aguardar hasta el dictado de la sentencia de condena para hacer cesar la comisión de la conducta que se estima ilícita, y sus efectos, o que esa interrupción pueda ser dispuesta por el juez no bien haya llegado fundadamente al mínimo de convicción que la norma requiere para decretar la medida cautelar. Establecerlo en esa oportunidad y condiciones puede válidamente ser tomado por el Congreso como solución a su alcance, en la medida en que la regulación impacta en el grado de tutela que corresponde acordarle al bien jurídico penalmente protegido, y no meramente en un aspecto del proceso.

3.2. A su turno, el citado art. 23 del C.P. no establece cuestiones procesales

como, por ejemplo, en qué condiciones el fiscal o eventualmente la parte querellante está facultada para solicitar al juez las medidas cautelares allí previstas, o cuál es el proceso a seguir para su dictado. La definición de esas cuestiones sí es un problema, por procesal, local. Pero, define otras que las jurisdicciones locales no pueden alterar: *i*) el carácter de la medida: “cautelar”; *ii*) el momento en que puede ser adoptada: “desde el inicio de las actuaciones”; *iii*) su finalidad: “destinada[] a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes”¹⁰¹; y, finalmente, (*iv*) no requiere para su implementación que el pedido provenga de persona determinada alguna. Cierto es que, si bien esa regulación permite a las jurisdicciones locales extender la legitimación para solicitar la medida, no podría un estado local negar el derecho a quien el mismo Código Penal manda a ejercer la acción; puesto que ello constituiría un modo de modificar las reglas de derecho común vinculadas al ejercicio de las acciones.

3.3. Las previsiones a las que nos venimos refiriendo hacen al grado de protección con que el Legislador nacional ha querido revestir a los bienes jurídicos que tuteló penalmente; incluso la vinculada al momento en que puede ser adoptada la medida cautelar. La jurisdicción local que viniera a modificar esa previsión disponiendo que la medida cautelar solo puede ser adoptada, por ejemplo, luego de recibida la “indagatoria” vendría a reducir — en contravención de lo previsto en el art. 75, inc. 12, de la C.N.— la mencionada protección que ha querido brindar el Congreso a los bienes jurídicos en juego, que,

¹⁰¹ Transcribimos el texto tal cual está sancionado, en razón de que no es relevante analizarlo pormenorizadamente a los fines de este pronunciamiento. De todos modos, aclaramos que no nos parece exagerado suponer que se refiere a obstaculizar el castigo de los imputados antes que su impunidad.

como dijimos, no son solamente privados sino primordialmente públicos. El Congreso sujetó la adopción de la medida a que el magistrado pudiera fundadamente tener por suficientemente probada la subsistencia de una conducta delictiva o la de sus efectos o que con ella se puede evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la condena de los partícipes. No incluyó más requisitos que esos. Así las cosas, la norma local que agregara a esos algún otro vendría a modificar una norma de derecho común en oposición a lo que manda el art. 75, inc. 12, C.N., ya citado.

3.4. Adelantamos que el art. 335 local debe interpretarse, en lo posible, en armonía con el 23 nacional. Cierto es que el art. 335 del CPPCABA agrega el requerimiento del damnificado como requisito de la desocupación y ello supondría un requisito difícil de conciliar con la acción pública, porque la estaría subordinando a la voluntad del propietario. Sin embargo, lo prevé como un requisito para los supuestos en los que el lanzamiento sea dispuesto por un órgano distinto: el fiscal. En tales condiciones, el juez siempre podría en el marco de un proceso regulado por el derecho local disponerlo sin que se encuentre supeditado al requerimiento del propietario (art. 23 del C.P.), mientras que la ley local agrega que puede hacerlo también el fiscal antes del requerimiento de juicio, esta vez, si el damnificado lo pide.

Expuesto con algún mayor detenimiento, el art. 335 *in fine* del CPPCABA, aquí cuestionado, regula una pequeña porción del universo al que se aplica el citado art. 23 del C.P.; solo se refiere a los supuestos en que *i*) el hecho investigado es el tipificado por el art. 181 del C.P., y *ii*) existe un pedido de quien se presenta como “damnificado”. No recorta los restantes universos posibles, sino que regula uno en las condiciones señaladas.

Recordémoslo:

“En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a

juicio, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

3.5. Esa norma debe, como dijimos, ser puesta en el contexto del art. 23 del C.P. y de allí interpretada.

En ese marco, reiteramos, la competencia que esas normas le acuerdan al juez penal es la de hacer cesar una conducta que entiende susceptible de constituir, *prima facie*, el delito de usurpación, o sus efectos (es decir, las secuelas que ha tenido la usurpación) —hasta aquí el 23 del C.P.— restituyendo el inmueble a quien invoque un derecho verosímil —conf. el art. 335 del CPP—. Si bien no sería lo habitual podría ocurrir que el titular del derecho fuera desconocido y ello, en rigor, no eximiría al juez del deber de hacer cesar el delito o sus efectos o su aprovechamiento. Conforme lo señalamos más arriba, el juez penal —esto en razón de normas locales, que podrían tener otro contenido, como, por ejemplo, reunir todas la competencias en un solo fuero— no se pronuncia acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble, sino que resuelve cautelarmente sobre la conducta que es objeto de análisis en el proceso penal. Es decir, las mencionadas normas “permite[n]”, en lo que aquí importa, que el juez haga cesar la comisión de una conducta que entiende es susceptible de constituir, *prima facie*, un delito, el de usurpación, reponiendo provisoriamente al ‘damnificado’, que invoque en forma verosímil el derecho que le asiste, en la tenencia del inmueble de que se trate, pero, sin decidir acerca de su derecho o el de otras personas respecto de dicho inmueble. En otros términos, el juez, en ejercicio de las facultades que le acuerda el citado art. 335 del CPP, no viene a pronunciarse acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble, sino que ordena una medida dirigida a interrumpir la realización de una acción

que luce prima facie como penalmente reprochable (extremo, ese último, que deberá constatar, principalmente, en las pruebas acercadas por el ‘damnificado’)// Ello es así, porque la discusión acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble no es una que, en principio, esté el juez penal en condiciones de dilucidar. Su competencia se encuentra circunscripta a resolver si se ha cometido, o no, una conducta típica —ello, vale aclarar, siempre que la parte querellante no decida “ejercer la acción civil conjuntamente con la penal”, conf. el art. 12, y concordantes del C.P.—” (voto del juez Lozano, cuyos argumentos en esta oportunidad y en lo pertinente compare la jueza Conde, en autos “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘NN, NN s/infr. art (s) 181 inc. 1º usurpación (despojo) —C.P.— (p/L 2303)’”, expte. n° 7386/10 y su acumulada n° 7400/10, sentencia del 15/11/2011).

Cierto es que el juez, en alguna oportunidad, podría privar erradamente a una persona, o grupo de personas de su derecho a tener o poseer; pero, ese error puede ser reparado ya sea por vía del recurso de apelación o acreditando ante el juez que la medida adoptada es errada. Cualquiera sea el camino por el que se opte, lo cierto es que el Legislador nacional ha hecho prevalecer la posibilidad de que se pueda interrumpir la comisión de una conducta que luce, en principio, penalmente reprochable, por sobre la perturbación que podría experimentar quien fue objeto de la medida erradamente adoptada.

3.6. En suma, el art. 335, último párrafo, del CPPCABA agrega, para el supuesto de reintegro del bien, que es el fiscal, ante el pedido del “damnificado”, quien puede disponer la restitución provisoria del inmueble. Todas las demás reglas, incluidas aquellas de las que se agravia la defensa, tienen respaldo también en el 23 del C.P., cuya validez no ha sido cuestionada; y la intervención del fiscal sin la del

juez, legítima o no, no está en tela de juicio, pues no la ha llevado a cabo.

3.7. Pero, lo indubitable es que el Congreso decidió que la propiedad debe ser tutelada de modo que los procesos legislados localmente no constituyan una dilación en dar seguridad a los titulares del derecho afectado, a cuyo fin dispone esta medida cautelar en condiciones en que, en el criterio del legislador, no impacta sobre el principio de inocencia ni sobre derechos que eventualmente puedan invocar quienes estén expuestos al riesgo del procesamiento.

El principio de inocencia y el derecho de defensa

4. La orden de restitución no puede ser calificada como una pena o sanción anticipada porque, como el derecho de propiedad sobre el inmueble no queda abarcado por el ámbito propio del pleito, sería difícil hablar de una privación de ese derecho que pueda configurar una pena. En realidad, si la medida es dispuesta válidamente, la única privación que podría provocarle a sus ocupantes sería la de una ventaja, beneficio o “provecho”, cuyo mantenimiento, de acuerdo a los elementos que deben existir y valorarse en la decisión, carecía de un mínimo respaldo. De igual modo, si la restitución se dispone sin que se cumplan los recaudos legalmente exigibles, tampoco cabría hablar de una pena anticipada, sino de un pronunciamiento que, por su carácter provisorio, no causa estado y que admite revisión mediante las vías procesales previstas por el ordenamiento aplicable; vías procesales, cuya falta de aptitud en cuanto a sus alcances y efectos para resistir esta clase de medidas no ha sido invocada por la parte recurrente.

Precisamente, la ausencia de un pronunciamiento que cause estado, o, centralmente, de uno que se expida acerca de la culpabilidad en torno al ilícito investigado, impide considerar que la orden de restitución (conf. los arts. 335, CPPCABA y 23, C.P.) lesione el principio de inocencia.

A este respecto, constituye una auténtica ventaja que ni siquiera sea requerido como necesario que haya personas imputadas, ya que la hipotética privación de una ocasión para discutir la posesión o tenencia antes de perderla tiene reparación en un proceso no penal mientras que la prosecución de uno de características penales podría tener consecuencias de difícil reparación ulterior, comenzando por las de sufrir el proceso.

4.1. Por su parte, el alcance que la parte recurrente le confiere al derecho de defensa soslaya que la orden de restitución puede ser solicitada y dispuesta “en cualquier estado del proceso” (art. 335, CPPCABA), temperamento en el que no hace más que escoger la vía prevista en el art. 23 del C.P. Ello implica que no se ha pretendido, como principio, que se trabe una controversia en ocasión de ordenarse el reintegro provisorio, porque la medida podría ser decretada —eventualmente— antes de que el pleito esté integrado con las partes. Sin perjuicio de ello, sostener que esta norma no exige que se dé un traslado con carácter previo a disponer un desalojo no implica relevar al juez del deber de analizar la verosimilitud del pedido de restitución que le impone el precepto ni le impide recoger las explicaciones que vea útiles para entender el escenario mediante los medios legítimos que vea apropiados. En el marco de ese análisis es responsabilidad del magistrado no solo evaluar la prueba propuesta por el “damnificado” sino examinar la cuestión con la amplitud suficiente para establecer que se encuentra en presencia del escenario que justifica la aplicación del precepto cuestionado, que comprende el de la existencia de eventuales causas que legitimen la ocupación o simplemente condiciones de acceso que excluyan el citado artículo, a cuyo fin la ley le posibilita oír al ocupante con las garantías adecuadas a las circunstancias del caso. La incorporación de tales elementos es una posibilidad aprovechable para suministrar a los jueces la mayor cantidad de

elementos antes de que se acuerde la medida, porque a ellos corresponde asegurarse de que aquello que dispongan acerca del inmueble involucrado no importe una indebida afectación del estado de posibles controversias para cuya resolución no son competentes. Esa evaluación se formula con el grado provisional propio de las decisiones cautelares, que, si bien no requiere certeza, exige sí la configuración del *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho de la pretensión esgrimida.

La facultad prevista en el art. 335 del CPPCABA “debe ser ejercida con prudencia y con una actitud activa de parte del juez, orientando su energía a asegurar que los afectados no padezcan restricciones de aquellos derechos que pretendan ejercer, sino solamente de ventajas que, fruto o no de una situación antijurídica, no exhiben respaldo en derecho alguno previsto por el ordenamiento jurídico” (voto de los jueces Conde y Lozano en autos “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Recurso de inconstitucionalidad en autos Sevallos Pérez, María y otros s/infr. art. 181 inc. 1º, usurpación (despojo) – C.P. (p/L 2303)’, expte. nº 8160, sentencia del 15/11/2011).

Más abajo nos ocuparemos de una cuestión sumamente relevante, destacada por el voto del Dr. Corti, en orden al supuesto en que los ocupantes, imputados o no, puedan quedar en la calle como consecuencia de la medida.

Observación General N° 7

5. No todas las ocupaciones de inmuebles están prohibidas por el derecho penal. Solo lo están aquellas a las que se refiere el art. 181 del C.P., cuyo texto dice:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º. el que *por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad* despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble

- o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;
- 2° el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, *destruyere o alterar los términos o límites del mismo*;
 - 3° el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble (el destacado no pertenece al original).

5.1. Si la ocupación tuviera lugar por algún medio distinto de los allí indicados no se estaría frente a un hecho penalmente reprochable. Es decir, el tipo penal requiere: violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza, clandestinidad, destrucción o alteración de los términos o límites del inmueble; de otra manera la conducta es atípica. No todo ocupante sin derecho y aun sin *fumus bonis iuris* realiza una conducta susceptible de ser enmarcada en el art. 181. Ello no importa sostener que quienes son titulares de inmuebles ilegítimamente ocupados carecen de derecho a obtener su restitución; sí, en cambio, que esa pretensión deberá ser tramitada con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y las normas dictadas en su consecuencia. Los jueces penales son incompetentes para resolverla porque no habría delito y, obviamente, menos aún efectos que hacer cesar. Toda la discusión estaría circunscripta a establecer qué parte tiene derecho a poseer y/o tener el inmueble de que se trate; discusión ajena al proceso penal.

A su turno, no toda situación en que hay elementos suficientes para suponer la comisión de una conducta descripta por el Código Penal requiere trámite y menos aún condena. La acción penal puede haber quedado extinguida y ello no elimina los efectos. Por ejemplo, el objeto robado debe ser restituido en el marco del art. 23 del Código Penal, aun cuando el ladrón haya muerto. De ahí que no quepa exigir la conclusión en condena de un proceso

penal para justificar la aplicación del art. 335 en examen. Pero, siempre es necesario que se den los extremos suficientes para suscitar la competencia del juez penal o, en su caso, del fiscal.

5.2. La Observación General n° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, también, la “Observación”) se refiere a los “desalojos forzosos”, actos que “...define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos” (conf. el punto 3 de esa Observación).

Allí se sostiene que “...las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del art. 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el párrafo 1 del art. 2° obliga a los Estados a utilizar ‘todos los medios apropiados’ para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del art. 2° al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se definen en el párr. 3° *supra*). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párr. 1° del art. 17 del PIDCP, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esa disposición se reconoce, entre otras cosas, el derecho a la protección contra ‘injerencias arbitrarias o ilegales’ en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación del Estado de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos de que disponga” (conf. el

punto 8 de la Observación, el destacado no pertenece al original).

5.3. La obligación que han contraído los estados consiste en evitar que existan “injerencias arbitrarias o ilegales” en los domicilios de las personas; garantía que, en palabras del Comité, forma parte del “derecho a una vivienda adecuada”. En ese orden de ideas, el artículo del Pacto al que remite la Observación, el art. 17, pto. 1, del PIDCyP, dice: “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” (nuevamente, el destacado no pertenece al original).

A su vez, los desalojos que se lleven a cabo deben estar revestidos de las garantías procesales que señala el punto 15 de la Observación.

5.4. Los arts. 181 y 23 del C.P. y 335 del CPPCABA deben ser aplicados en consonancia con el cumplimiento de esas reglas. La Observación, tal como quedó transcripto supra, impone a los estados, como regla, no llevar a cabo desalojos forzosos y evitar que otros (“terceros”) los realicen.

5.5. El art. 181 del C.P. sanciona aquellas conductas que constituyen, a criterio del Legislador, un despojo a la posesión o tenencia de un inmueble.

Desde el ángulo del damnificado, ese “despojo” puede ser el de su vivienda o solo el de su propiedad.

A) En el primer caso, el despojo constituye, en los términos de la Observación, un “desalojo forzoso”. En efecto, la norma, desde ese ángulo, busca evitar que las personas sufran “injerencias arbitrarias o ilegales en su domicilio”. En otros términos, prohíbe que “terceros”, el o las personas despojadoras, hagan salir a personas, familias y/o comunidades de su domicilio, dejándolos en situación de calle.

A su turno, los citados arts. 23 y 335 le dan al juez —el primero— y al fiscal —

el segundo—, la facultad de hacer cesar el “desalojo forzoso”, o sus efectos, lo antes posible (conf. el punto 3 a 3.7 de este voto). Esa facultad —la de hacer cesar la comisión de aquellas conductas que constituyan, *prima facie*, una injerencia arbitraria, o ilegal, en el domicilio de una persona, familia, etc.— viene a acordarle una mayor extensión al mencionado derecho a la vivienda. En efecto, permite que quien se ha visto despojado de su vivienda no deba esperar a la sentencia condenatoria firme para que se haga cesar esa situación. Para que ello sea posible, el Legislador se aseguró de que quien dicta la medida, el juez penal, sea, en principio, incompetente para resolver acerca de los derechos de propiedad que pueden estar en juego. De esa manera, por un lado, se hacen cesar, lo antes posible, aquellas conductas que importan un “desalojo forzoso”, reduciéndose de ese modo la problemática que esas conductas generan (vrg. la existencia de personas que se pueden presumir más vulnerables en situación de calle); y, por el otro, se deja librado a otro proceso el debate acerca de los mencionados derechos de propiedad. Finalmente, el perjuicio que podría sufrir quien es “afectado” por una medida adoptada ilegítimamente es, presumiblemente, escaso frente al que padecería quien debería esperar al dictado de una sentencia firme para ver restituido su derecho al domicilio (conf. el art. 17, pto. 1, del PIDCyP, ya citado). Ello así, porque no hay razones para pensar que los medios procesales previstos no le acuerden al afectado ilegítimamente por la medida la posibilidad de recuperar, de un modo lo suficientemente expedito, la tenencia del inmueble. Así las cosas, ni el, *prima facie*, despojado de su domicilio, ni el afectado por una medida de restitución ilegítimamente adoptada, están confinados a esperar a las resultas del proceso penal para ver garantizado el derecho a que se refiere la Observación n° 7. Ambos están en condiciones de requerir al Estado que haga cesar lo antes posible la conducta que, estiman, constituye un “desalojo forzoso”.

En síntesis, no resulta lógico sostener que existe un derecho a la vivienda, por un lado, y un compromiso del estado a no hacer cesar las conductas que pongan en vilo ese derecho, por el otro. El compromiso estatal consiste en que nadie se vea desalojado de manera forzosa de su domicilio, y que las medidas que en ese sentido se adopten estén revestidas de las garantías que indica la Observación n° 7, y en ese escenario se enmarcan, en parte, los citados arts. 181 y 23 del C.P. y 335, *in fine*, del CPPCABA.

En ese contexto, la tesis con arreglo a la cual esos dos últimos artículos regularían un supuesto de desalojo prohibido por la Observación n° 7, en lugar de dejar a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, lleva a su incumplimiento.

Esto dicho de modo general es particularmente aplicable al caso que nos ocupa en el que la doctrina que respondemos llevaría a que el Sr. Jorge Vázquez, que vivía según el *a quo* en el bien cuya liberación de ocupantes viene cuestionada y vive actualmente en el “Hogar de Día Santa Ana y San Joaquín”, no pudiera regresar a su vivienda hasta cumplidos una serie de pasos cuya duración es incierta pero presumiblemente prolongada.

B) En el segundo caso, la medida cautelar (conf. los citados arts. 23 y 335) no tienen por objeto “desalojar” a personas de su vivienda, sino hacer cesar una conducta que se estima, *prima facie*, delictiva, o sus efectos y en el supuesto del 335 reponer a quien verosíblemente tendría derecho a tener el bien. En otros términos, esa decisión no importa una resolución acerca del derecho a la vivienda que pudiera estar en juego.

Cierto es que el “afectado” por la medida podría tener interés en quedarse en la propiedad que ocupa, como un modo de atender su necesidad de vivienda. Pero, la Observación General n° 7 no acuerda derechos a las ocupaciones que son el resultado de delitos. Obsérvese que ninguno de los

ejemplos a los que se acude, para mostrar la problemática de los desalojos, está atado a una ocupación que provenga de alguna de las acciones tipificadas por el art. 181 del C.P. En ese orden de ideas, allí se destacan los supuestos de: traslados forzados de población, éxodos en masa y movimientos de refugiados. También se señala que “[m]uchos casos de desalojos están relacionados con la violencia, por ejemplo, los causados por conflictos armados internacionales, las disensiones internas y la violencia comunitaria o étnica”, es decir, la ejercida por quienes desplazan y no por quienes entran en la ocupación. Asimismo, agrega que “[h]ay otros casos de desalojos forzosos que tienen lugar en nombre del desarrollo. Pueden efectuarse en relación con conflictos sobre derechos de tierras, proyectos de desarrollo e infraestructura como, por ejemplo, la construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos”. Finalmente, se mencionan los desalojos producto de incumplimientos de contratos (conf. el punto 11).

En ese contexto, solo se puede hablar de “desalojo forzoso” cuando la ocupación no es el resultado de alguno de los actos prohibidos por el art. 181 del C.P. En estos últimos, los arts. 23 del C.P. y 335 del CPPCABA no tienen por objeto desalojar a los ocupantes de su vivienda, sino hacer cesar una conducta socialmente reprochable. De otra manera, la Observación sería leída como dirigida a sancionar una especie de actos de “violencia”, los vinculados a los desalojos forzosos, y a garantizar otros, los “despojos” de inmuebles. Por ejemplo, si se entendiera que la Observación n° 7 se refiere también a las “usurpaciones” que sanciona el art. 181 del C.P., el estado se vería impedido de hacer cesar las usurpa-

ciones de inmuebles destinados a programas sociales, que no hubieran sido adjudicados; circunstancia que conllevaría a que el estado no pueda atender el derecho a la vivienda, que busca garantizar la Observación n° 7, de manera progresiva y en base a parámetros objetivos (conf. la Observación n° 7, y a los instrumentos internacionales a los que allí se hace referencia). En efecto, la violencia sería la vía para asegurar el derecho a la vivienda; conclusión a la que no cabe arribar en modo alguno. En suma, el art. 335, aquí cuestionado, no establece un “desalojo forzoso” sino un medio para hacer cesar ocupaciones que, por ser el resultado de delitos, no se hallan amparadas por la Observación General n° 7.

La comparación con otras leyes

6. Una buena parte de la argumentación del Dr. Corti está dirigida a examinar cómo debería ser interpretado el art. 335 sub examine a la luz de otras normas locales y federales (conf. los puntos 7 a 7.5 del voto del Dr. Corti). De esa ponderación, el Dr. Corti concluye que existe un criterio mayoritario con arreglo al cual constituye un “requisito indispensable” para la adopción de la medida provisoria “la citación” previa de quien ha sido denunciado como ocupante del inmueble. Sostiene, a este respecto, que “...b1) debe asegurarse el debido proceso otorgándole a los afectados la posibilidad de ser oídos de forma previa, a cuyo fin la figura regulada por el art. 335 tiene que ser integrada sistemáticamente en el Código Procesal y ser considerada una medida cautelar o una medida autosatisfactiva, en los términos y condiciones antes indicados, ello sin perjuicio de las facultades de los jueces ante casos singulares...”.

Vale señalar que al hablar de “afectados” el universo comprendido tiene un alcance mayor que el de quienes son parte en un proceso penal. Pero, no está exento de riesgo para esos “afectados”, porque de sus manifestaciones pueden derivar consecuencias penales que podrían no ocu-

rrir en función del escenario previo a la convocatoria.

6.1. Repasemos las normas analizadas en ese voto.

6.2. La primera de ellas es el art. 463 del CCAyT acerca del cual cita el caso “Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa Alicia y otros s/desalojo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1556/02, sentencia de este Tribunal del 7 de octubre de 2002. Allí se trataba de una ocupación que, lejos de resultar de la comisión de un delito, provenía de una contratación subsidiada por el GCBA. Es decir, una situación en que el GCBA pudo prever la falta de pago. En este orden de ideas, según surge de ese precedente, el GCBA, por intermedio de la Comisión Municipal de la Vivienda, había rescindido el boleto de compraventa por incumplimientos en que habría incurrido la Sra. Felisa Alicia Saavedra.

La hipótesis que nos ocupa es bien distinta, pues a nadie se le puede exigir que prevea la comisión de un delito. La ley está pensada para quien ocupa delictivamente, o como consecuencia de una conducta de esa especie. Ello no quiere decir que el legislador presuma que un ocupante sin derecho sea el autor de un delito; si, en cambio, que la herramienta que da al juez está dirigida a hacer cesar un delito, o sus efectos, aun cuando no se pueda presumir quien es su autor o si, en definitiva, alguien merece castigo por él. Dicho en otras palabras, hay que distinguir entre la presunción de inocencia que beneficia a toda persona, aun cuando esté sometida a proceso y deba defenderse de una imputación, y la actitud de presumir que toda ocupación es legítima. Esta última no forma parte del orden jurídico argentino. Las ocupaciones no son todas legítimas ni todas ilegítimas: algunas son legítimas y otras no. Algunas ilegítimas constituyen o son consecuencia de una usurpación; otras no lo son. Para establecerlo, se debe comenzar por determinar en qué condiciones y con qué derecho se ocupa. Pero, aun cuando una ocupación

sea ilegítima, no se desprende de ello que quien ocupa sea autor de un delito. La diferencia es significativa; y el Dr. Corti no explicita las razones por las cuales, a su juicio, podrían ser emparentadas.

A esas diferencias se suma otra. En el supuesto del art. 335, e igualmente en el del 23 del C.P., el juez no opera como mero “ejecutor de decisiones” adoptadas por otros órganos, como sí entendió el TSJ lo hacía en el caso del art. 463 del CCAyT. Todo lo contrario. Es el magistrado quien tiene la tarea de evaluar la situación que es puesta a su consideración y, en base a ella, concluir si hay, o no, elementos suficientes para adoptar la medida provisoria.

6.3. Luego señala que el proceso de desalojo regulado por los arts. 679 a 688 del CPCCN establece que la restitución del inmueble solo puede ser decretada “... luego de trabada la litis...” y los ocupantes, en el supuesto en que no hubieran tenido un título legítimo, tienen 5 días, contados a partir de la notificación de la sentencia, para dejar el inmueble.

Ahora bien, ese proceso, el civil de desalojo, sí tiene como objeto el derecho de propiedad del accionante. El art. 680 del CPCCN dice “La acción de desalojo procederá contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible” (el destacado no pertenece al original). El juez civil, a diferencia del penal, se pronuncia acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble. Ello explica por qué el legislador ha dispuesto que resulta necesario que se trabe una controversia con carácter previo a que se ordene la entrega del inmueble (conf. el art. 680bis, del CPCCN). Aquí la medida cautelar no busca hacer cesar un delito, o sus efectos, sino adelantar la restitución del inmueble a quien ha demostrado suficientemente el derecho a tenerlo. Los distintos objetos que persiguen cada uno de esos procesos, así como los derechos que en ellos se ventilan, impiden una comparación como la que plantea el Dr. Corti.

6.4. Asimismo, manifiesta que algunas Salas de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, al interpretar el art. 238bis del CPPN (cuyo texto guarda algunas similitudes con el del art. 335 del CPPCABA), han sostenido que el “reintegro del inmueble” no puede ser decretado con carácter previo a que se hubiera “cumplido con el llamado a indagatoria” (conf. el punto 7.3 del voto del Dr. Corti). Vale señalar que mientras el 238 bis del CPPN prevé la intervención del juez, no ocurre lo mismo con el 335 del CPPCABA. En verdad, el art. 335 naturalmente está dirigido a regular una situación previa a la intervención del juez, esto es, no contempla la necesidad de una “indagatoria”, por lo demás, no prevista en nuestro procedimiento.

El Dr. Corti estima que la jurisprudencia nacional impone como requisito previo a hacer cesar la conducta, *prima facie*, ilícita, o sus efectos, que se hubiera “convocado” a indagatoria a los imputados. Ese requisito para la adopción de la medida no surge ni del texto del art. 238bis, ni del citado 335. Ambas normas dicen que la medida puede ser tomada “en cualquier estado del proceso” “y aun sin dictado de auto de procesamiento”, la primera, “y aún sin dictado de auto de elevación a juicio”, la segunda. Por lo demás, su contenido no hubiera podido ser otro a la luz de lo que manda el citado art. 23 del C.P. (conf. los puntos 3 a 3.7 de este voto). En ese contexto, la interpretación con arreglo a la cual la “convocatoria” a “indagatoria” constituye un requisito previo para hacer cesar la conducta que se estima delictual, o sus efectos, no solo no surge del texto de la ley, sino que pone al art. 335 en oposición a lo previsto en el art. 23 del C.P.; conclusión a la que, existiendo otras posibles, no le es dable arribar a los magistrados (conf. la doctrina de las sentencias publicadas en *Fallos*, 329:5826, y su citas, entre muchas otras).

Asimismo, no son pocos los supuestos en que el requisito de “convocar” a in-

dagatoria (o “intimar del hecho”, conf. el art. 161 del CPPCABA) constituiría, en los hechos, un impedimento para hacer cesar la conducta prohibida, o sus secuelas. Bastaría con que no se pueda hallar usurpador para que no se puedan hacer cesar la ocupación. Por ejemplo, ello ocurriría en el caso en que el usurpador permitiera el acceso de otras personas al inmueble y luego se diera a la fuga dejando a estos últimos en tenencia de la propiedad. En ese supuesto el requisito de anotar al imputado con carácter previo a hacer cesar los efectos de la usurpación, la ocupación del inmueble por las mencionadas personas (que bien puede estar obrando bajo un error excusable), constituiría, en verdad, un modo ilegítimo de convalidar una violación al bien jurídico que el Congreso ha decidido tutelar. Ello así, toda vez que el juez se vería imposibilitado de hacer cesar los efectos del delito hasta que pudiera notificar al imputado del hecho que en su contra se investiga.

A su turno, y para que tenga algún grado de razonabilidad el requisito, quien debería ser “convocado” a “indagatoria” es el “afectado” por la medida cautelar. En ese escenario, es más que evidente que el requisito constituye un modo, por un lado, de mantener incólume una conducta que resulta penalmente reprochable, bastaría con que se dejara ingresar al inmueble a alguna persona que no ha sido citada a indagatoria de manera sucesiva para que no pueda hacerse cesar lo que se entiende constituye una usurpación, o sus efectos; y, por el otro, de someter a proceso penal, con las consecuencias que ello implica, a personas con relación a las cuales no existe razones para suponer que han realizado una conducta penalmente reprochable, pero sí que se encuentran habitando en un inmueble que ha sido, *prima facie*, usurpado a su legítimo tenedor.

Finalmente, cabe destacar que la doctrina nacional a la que nos venimos refiriendo no tenía en mira a la indagatoria como una oportunidad para defenderse,

sino antes bien como un momento en el que se asume que existe certeza suficiente respecto de la posible ocurrencia del delito. En ese orden de ideas, explica la doctrina que “[r]especto del momento en que resulta procedente la restitución, la jurisprudencia ha dicho que ‘la adopción de una medida de este tipo debe estar respaldada por elementos de convicción que permitan una acreditación provisoria del hecho investigado y la sospecha de que los imputados han participado en su comisión...’, por lo que si ‘el juez instructor no ha ordenado la citación de ninguna persona para prestar declaración indagatoria con relación a la usurpación denunciada... (y) no se ha dispuesto la realización de ninguna medida de prueba que corrobore la afirmación del denunciante... la expulsión del inmueble que ha requerido el fiscal es todavía prematura’, a lo que se agregó que ‘la restitución del inmueble por la vía del art. 238 bis del Código Procesal solo puede estar motivada en la necesidad de hacer cesar la comisión del delito de usurpación. Por esa razón, si no se ha comprobado preliminarmente la posible existencia de ese ilícito, no puede requerirse al juez penal que disponga el desalojo del predio ocupado...’” (conf. D’ALESSIO, Andrés (dir.), y DIVITO, Mauro A. (coord.): *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, t. II, 2ª ed. actualiz. y ampl., La Ley, Buenos Aires, págs.828/829, el destacado no pertenece al original).

6.5. Finalmente, no vemos que la sentencia de la CSJN publicada en *Fallos*, 319:2325 sienta como doctrina la necesidad de “...la intervención de los afectados con carácter previo a la toma de la decisión por parte del juez” (conf. el punto 7.5 del voto del Dr. Corti).

En ese precedente lo que la CSJN tachó de arbitrario fue una decisión que, con apoyo en la existencia de un auto de procesamiento y otro de prisión preventiva, “ordenó levantar cincuenta kilómetros de alambrados extendidos en zona de montaña”, sin tener en cuenta los argumentos

del imputado con arreglo a los cuales, esa medida constituiría, en verdad, una sanción porque “ponía en peligro su actividad de ganadero”; y el Estado Nacional sabía hace varios años que el inmueble estaba siendo explotado. Pero ello en modo alguno implica que el juez deba citar al imputado con carácter previo a adoptar la medida cautelar. Sí, en cambio, que los jueces deben adoptar las medidas cautelares, en palabras de la CSJN, con la “...mayor medida que el caso exija, respetándose fundamentalmente el carácter provisional de la medida y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer —con sacrificio provisorio del interés individual— el interés público impuesto para evitar —en ciertos casos— que el presunto delito siga produciendo efectos”.

Con la sanción de la ley 25.815 en el año 2003 (es decir, unos 7 años después de la sentencia de la CSJN en la reseñada causa “Vila”, de 1996) “el interés público impuesto” quedó definido por el Legislador nacional, en lo que aquí importa, en los dos últimos párrafos del art. 23 del C.P.; también el carácter cautelar que debe guardar la medida. Ello último significa, entre otros, que la decisión no causa estado, es decir, tiene que ser susceptible de ser modificada y que el juez debe tener por probado el *fumus bonis iuris*. Si esos extremos no están reunidos el juez no debería adoptar la medida. Ello resulta aplicable a cualquier medida cautelar. Lo que la CSJN entendió en el citado precedente es que los magistrados habían adoptado una medida cautelar sin haber analizado si estaban presentes las condiciones para dictarla.

Es tarea del juez constatar cuándo están reunidos los extremos para adoptar la medida (conf. los arts. 23, C.P., y 335, CPPCABA). El magistrado podrá tener por reunidos esos elementos antes o después de la “intimación del hecho”. Ello va a depender de la complejidad de la causa, y de los extremos probatorios con que se cuente. Pero, lo cierto es que las reglas señaladas por la CSJN en el citado prece-

dente no imponen como requisito citar al imputado con carácter previo a adoptar la medida, sino que establecen la obligación de fundar adecuadamente las razones que llevaron a la adopción de la medida y su carácter (conf. el punto 4.1 de este voto).

Aplicación de las reglas previstas en el Capítulo 1 y 2 del Título V del CPPCABA al art. 335

7. Primeramente, cabe reiterar que el art. 335 del CPPCABA contempla reglas vinculadas al “peligro en la demora”. El “peligro” viene definido por el Legislador en el art. 23 del C.P., y consiste en evitar que continúe una conducta que se estima delictiva, o sus efectos, o que se consolide su provecho o se obstaculice la investigación de la conducta de los partícipes.

7.1. El Dr. Corti sostiene que una interpretación armoniosa del CPPCABA llevaría a concluir que, con carácter previo a que se ordene la restitución provisorio del inmueble, corresponde celebrar la audiencia a que se refieren los arts. 173 y 177 del citado código. De esa manera, afirma, quedarían garantizados el principio de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso de quienes pueden resultar alcanzados por la medida del art. 335.

7.2. Varias son las consideraciones que nos suscita esa construcción.

- a) Pone al texto del CPPCABA en oposición al Código Penal (conf. los puntos 3.2., 3.3. y 5.4. de este voto), solución a la que no se puede arribar, porque pondría al derecho local en oposición a una norma nacional cuya validez no ha sido cuestionada (arg. art. 31 de la C.N.).
- b) El Dr. Corti parte de que el art. 335 del CPPCABA pone en vilo las mencionadas garantías constitucionales, cuestión de la que nos hemos ocupado centralmente en los puntos 4 y 4.1. de este voto. No obstante ello, la solución sí podría generar los per-

juicios que pretende evitar. La tesis de que el juez debe citar a audiencia antes de ordenar la restitución del inmueble, por un lado, desvirtúa el objeto del proceso penal; pone al juez penal en la necesidad de trabar una controversia acerca de una cuestión que no está llamado a resolver: el derecho de propiedad sobre el inmueble, el que, como se dijo, no está abarcado por el pleito. Por el otro, obliga a ser parte de un proceso penal a personas a quienes no se les ha imputado la comisión de conducta ilícita alguna, y que, tal vez, ni siquiera tienen intención de gozar de una ventaja o beneficio proveniente de un acto ilícito.

- c) Las reglas previstas en el Título V del CPPCABA, cuyo título es “Medidas Precautorias y Cautelares, Audiencia ante el/la juez/a”, se refieren a las medidas restrictivas y/o embargos que el juez puede imponer a quien se le ha imputado la comisión de un delito. En ese orden de ideas, el Código dice: “[p]ara dictar la prisión preventiva deberá haberse notificado al/la imputado/a el decreto de determinación de los hechos...” (conf. el art. 173 del CPPCABA). Idénticas previsiones prevé para la imposición de las medidas restrictivas previstas en el art. 174 del CPPCABA, o embargos (conf. el art. 176 del mismo código). En ese orden de ideas, el art. 177 establece que “[p]ara la imposición de alguna de las medidas mencionadas [las de los arts. 174 o 176], deberá haberse intimado al/la imputado/a por el hecho...”.

Aquí aparece un tratamiento promiscuo de situaciones distintas. El auto de prisión preventiva, más allá de la mayor

importancia que muchos reconoceríamos que implica la privación de la libertad ambulatoria, no tiene por objetivo hacer cesar un delito o sus efectos sino exclusivamente el aseguramiento de las pruebas o de la sustanciación del proceso.

Dos universos distintos son los que buscan regular esas normas, por un lado, y el art. 335 aquí cuestionado, por el otro. Las primeras apuntan a restringir el obrar del imputado durante el proceso; ello, a fin de evitar, en la mayoría de los casos, que el proceso se vea entorpecido por conductas del imputado o que este eluda finalmente la sanción o, más frecuentemente, que para lograr la libertad provisoria deba cumplir con ciertas cargas que tienden a similares fines. En cambio, el 335 del CPPCABA y el art. 23 del C.P., tienen por objeto evitar que perdure la realización de una conducta, o sus efectos, que el Legislador nacional ha entendido penalmente reprochable. En esas condiciones, puede ocurrir que el juez haga cesar la conducta, empero, luego, no haya un imputado en la causa. A su vez, y como dijimos más arriba, si la medida es dispuesta válidamente, la única privación que podría provocarle a sus ocupantes sería la de una ventaja o beneficio, que, de acuerdo a los elementos que deben existir y ser valorados en la decisión, carecían de derecho a mantener o, en caso de error, podría serle repuesto e indemnizada su privación momentánea, a cuyo fin está prevista la contracautela o caución. Es decir, la decisión del juez no constituye, a diferencia de las reguladas en el Título V, una restricción a los derechos del imputado, sino, en todo caso, la eliminación de lo que se torna un privilegio, cuyo mantenimiento el magistrado no tuvo por verosímelmente legítimo.

El art. 335 visto como una medida “autosatisfactiva”

8. Se ha presentado como una circunstancia que desvirtúa la ley penal aquella consistente en que, según indica el voto del Dr. Corti y asumimos como cierto a los fines de este pronunciamiento,

frecuentemente al desalojo dispuesto por aplicación del art. 335 del CPPCABA no sucede una condena y ni siquiera el enjuiciamiento de alguna o algunas de las personas desalojadas.

8.1. A este respecto, vale recordar que una conducta puede ser antijurídica y, por ello, debe ser detenida por la autoridad competente y aun así no llevar a la aplicación de una sanción a un individuo, bien porque no es imputable, o no es culpable o no puede ser identificado adecuadamente o está prescripta o extinguida por otro medio la acción para enjuiciar al autor o partícipes. Pero, el interés público está en que la conducta y sus efectos no perduren (conf. el art. 23, C.P.).

En tales condiciones, lo que se presenta como una anomalía y una injusticia, esto es, el desalojo de personas que luego no son sometidas a proceso, lejos de ser tal injusticia, puede ser un satisfactorio modo de no ensañarse con quienes pudieron haber incurrido en la transgresión de la ley impelidos por motivaciones que mueven a los fiscales a no ir más allá de hacer cesar la conducta antijurídica.

Sería un verdadero atropello que quien tiene un derecho a permanecer en un inmueble y a desarrollar ciertas acciones que podrían, en otras circunstancias, ser vistas como antijurídicas, se viera despojado de su derecho sin poder defenderlo en juicio. Pero, el desalojo del art. 335 del CPPCABA no produce este efecto, porque nada predica acerca de los eventuales derechos de la persona desalojada. Para mostrar que constituye una inadmisibles modalidad procesal, los críticos deberían mostrar que quien luego no es procesado ha venido a perder una efectiva razón para pleitear y no simplemente que no ha sido condenado por el hecho. Ello así, porque, por lo dicho más arriba, toda conducta penalmente antijurídica debe cesar sea o no punible su autor.

La tesis crítica de esta actitud del MPF impone una persecución cuya opor-

tunidad incumbe a los fiscales y no a los jueces evaluar.

8.2. En términos concretos, los arts. 335 del CPPCABA y 23 del C.P. atribuyen al juez de la causa las potestades necesarias para hacer cesar una conducta que estima, prima facie, antijurídica, y consecuentemente la responsabilidad de hacerlo adecuadamente. Pero, no le acuerda la competencia para pronunciarse acerca de los derechos subjetivos que al presunto damnificado o a los ocupantes puedan asistirles. Especialmente, el juez debe obrar con el cuidado de que las averiguaciones acerca de en qué manos es más razonable poner el bien no se tornen en una herramienta para constituir prueba aplicable a resolver una contienda penal o civil en contra de quien más adelante pueda ser alcanzado por una sanción penal. No se trata de aplicar el art. 919 del Código Civil para interpretar el silencio de quien no quiere responder a una indagatoria ejerciendo en ese sentido su derecho a callar. El traslado que propone el Dr. Corti, con apoyo en lo previsto en el art. 336 del CPPCABA, supone la responsabilidad de contestar a aquello de lo que se da traslado (conf. el voto del Dr. Lozano en la causa “NN, NN s/infr. art (s) 181 inc. 1º usurpación (despojo) —C.P.— (p/L 2303)”, ya citada). A su vez, el art. 336 no se refiere a los supuestos de “reintegro de la posesión o tenencia del inmueble” (conf. el art. 335 *in fine*), sino a las controversias que se pudieran suscitar con relación a la restitución de las cosas “secuestradas” (conf. los primeros tres párrafos del citado art. 335).

Intereses en juego

9. Están en juego en el proceso, aunque no constituyan su objeto, los intereses del dueño del inmueble y los de los ocupantes. Efectivamente, no se trata de que la existencia y alcance de un derecho real sobre el inmueble deban ser establecidos en el proceso penal, más allá de lo indispensable para admitir que existe una conducta turbadora de una posesión. Pero, es

básicamente este hecho de la posesión, generador desde luego de derechos cuyo alcance sin embargo exceden los del proceso, el extremo que incumbe establecer al juez penal. Del mismo modo, le incumbe decidir si una conducta constituye una turbación de esa posesión. No, en cambio, fijar criterios definitivos acerca de si el interés de poseedor y ocupante tienen tutela en el orden jurídico o, lo que es lo mismo, si constituyen derechos.

9.1. Es comprensible el interés, en muchas ocasiones la satisfacción de una necesidad básica del ser humano como lo es la de encontrar techo donde repararse, que anima al ocupante; interés que no disminuye por el hecho de que ocupe ilegítimamente, ni esa circunstancia hace menos acuciante la necesidad, en los muchos supuestos en que la hay, y, por lo tanto, las razones para atenderla. Cuando el Poder Legislativo eleva un interés al rango de derecho dotándolo de tutela jurídica no incrementa con ello el valor de dicho interés sino que simplemente lo reconoce. A su vez, un derecho no es axiológicamente preferible a un interés, sino que puede o no serlo por razones de su contenido. Es que sencillamente la tutela jurídica que acuerdan los legisladores no es más que la expresión de la voluntad del pueblo que no necesariamente debemos tomar ni como dirigida a establecer escalas de valores, aunque las presupongan, ni como definitivas, ya que muchas veces veremos que los legisladores, por simple inadvertencia o diferente priorización, no llegan a ocuparse de algo que cuando les es presentado estiman sumamente valioso y hasta más aún que otros intereses a los que han dedicado atención. Dicho brevemente, los legisladores son humanos.

9.2. Aplicado a nuestro supuesto, la circunstancia de que desde el ángulo penal el estado tenga la acción que suscita el desalojo (conf. el punto 2 a 2.6 de este voto) y el ocupante una necesidad insatisfecha que no goza de una tutela jurídica apta para detener la expulsión, no signifi-

ca que su interés no merece consideración, sino solamente que los legisladores no han visto apropiado ese ámbito para acordarla.

9.3. La CABA tiene que asegurar los derechos que garantiza la C.N.. Es la carga que debe cumplir para que la Nación le garantice el goce de sus instituciones. Así lo establece el art. 5° de la C.N., cuyo texto dice: “[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

El texto merece dos comentarios, en su aplicación práctica a lo que aquí interesa. La primera es que no se trata de insertar las declaraciones, principios y garantías federales en los textos de las constituciones locales, sino de incorporarlos a la práctica efectiva dentro de los territorios respectivos. La administración de justicia no es la de cualquier justicia sino la que hace efectivos los derechos que la Nación reconoce. No hay que olvidar la conexión de este artículo con el 31, también de la C.N., en cuanto pone a los jueces provinciales al servicio de la misión federal. La segunda es que las declaraciones, principios y garantías de la C.N. vienen reglamentados por la misma autoridad capaz de establecer que una provincia no cumple con la carga del art. 5°: el Congreso. Es decir, que a la hora de establecer si se observan efectivamente estos contenidos cabe presumir que el Congreso tendrá en cuenta sus propios desarrollos. Por lo demás, no cabe la menor duda que la supremacía de la legislación federal sobre el orden local —art. 31 citado— parte del capítulo primero titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías”.

En particular, la CABA no podría justificar fácilmente un aseguramiento de la vivienda mediante el estiramiento del debate, no al menos cuando se trate de in-

muebles de particulares. Ello así porque entraría en colisión con la propiedad del art. 17 y del Código Civil y contra las exigencias a que el art. 16 de la C.N. sujeta el reparto de las cargas tributarias.

9.4. La propuesta del Dr. Corti de que el juez penal “debe asegurar[, al tomar la medida del art. 335,] el resguardo de los derechos sociales fundamentales de los afectados (vivienda, salud, asistencia)...” no solo no encuentra correlato en las competencias que tienen los jueces penales, o cualquier otro magistrado, sino que operaría tanto en detrimento de las reglas constitucionales reseñadas más arriba, como del ya citado varias veces art. 75, inc. 12, de la C.N..

El Dr. Corti afirma que ello evitaría que los “afectados” quedaran en “situación de calle”. En ese contexto, el “deber” a que se refiere constituiría, en verdad, un requisito para hacer lugar a la medida del art. 335 *in fine*; puesto que esa sería la única manera de evitar el mencionado perjuicio. El resultado sería, entonces, que el juez no podría cumplir con la manda del art. 23 del C.P., es decir, hacer cesar el delito o sus efectos, hasta no encontrar un modo de brindar “vivienda” a los “ocupantes”. Mientras tanto las necesidades de vivienda de los “ocupantes” se estarían atendiendo con la propiedad del dueño del inmueble; quien no hay razones para pensar que no se encuentre en esos momentos en la “situación de calle” que pretende evitar el Dr. Corti. No hay ninguna buena razón para suponer que todas las usurpaciones se ejecutan sobre inmuebles cuyos dueños, o legítimos tenedores, son ricos, sino, justamente, para suponer lo contrario aunque obviamente es presumible que si alguien ocupa como vivienda lo que otro, que no es rico, tiene como propiedad, el primero será probablemente más pobre que el segundo; pero, muy probablemente, no en una medida tal que justifique un tributo fundado en una capacidad contributiva distinta, sino, más bien, en una expectativa de generosidad. Esa solución se halla en franca opo-

sición a lo previsto en el Código Civil y el art. 16 de la C.N.. Se habría dispuesto de la propiedad del dueño del inmueble en condiciones que no se ajustan a las reglas del Código Civil referidas a la circulación de la propiedad; y sin que se respete ninguna condición de igualdad. En otros términos, se vendrían a atender necesidades que un juez identificó como prioritarias con el patrimonio de los particulares, por el mero hecho de que se presume que sobre sus inmuebles se perpetró una conducta ilícita.

9.5. A esta altura, conviene decir que no desconocemos que el universo de casos en los que eventualmente puede ser aplicada la norma que aquí se ha cuestionado corresponde a supuestos en los que se investiga la comisión de un delito que, por sus características, suele poner de resalto situaciones de necesidad. En este sentido, tampoco perdemos de vista que muchas veces se evidencian necesidades que afectan tanto al poseedor turbado como a quien pretende mantener el despojo. Ello así, resulta apropiado recordar que “conforme a las reglas de actuación previstas para la función jurisdiccional, la tarea del juez consiste en restablecer derechos y no en hacer beneficencia con bienes que ni son de los magistrados, ni están sujetos a su administración” (voto de los jueces Conde y Lozano en “Sevallos Pérez”, ya citado). En todo caso, la intervención que le incumbe a los magistrados debe propender a asegurar el cumplimiento de, por ejemplo, los fines perseguidos por los protocolos de actuación conjunta destinados a brindar protección en supuestos en los que pueda verificarse una futura situación de desahucio (votos de los jueces Conde y Lozano en autos “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘N.N. (Yerbal 2635) s/inf. Art. 181, inc. 3º, C.P. —inconstitucionalidad—’”, exp- te. nº 6895/09, sentencia del 12/7/2010).

La invocación del derecho a la vivienda que formula la defensa, aunque

puede dar cuenta de necesidades como las ya aludidas en el párrafo que antecede, no permite descalificar la adecuación constitucional del art. 335 del CPPCABA ni solucionar a partir del proceso penal el déficit habitacional denunciado. Esto último no solo excede con toda evidencia el alcance del juicio en trámite, sino que también desborda la garantía prevista por la CCBA en materia de vivienda (voto de los jueces Conde y Lozano “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/10, sentencia del 12/5/2010).

Justicia social

10. Hay un punto que suministra una explicación que abarca toda la solución: la búsqueda de la justicia social. Aunque esto no está tematizado sino, en buena medida presupuesto, quienes resultan desocupados en cumplimiento de medidas judiciales dictadas por aplicación del art. 335 del CPPCABA son, o pueden ser, personas necesitadas de vivienda y también legítimos titulares del derecho a obtener apoyo para la obtención de esa vivienda, a la luz de la legislación local y los tratados internacionales que atienden a esa cuestión. El mismo voto del Dr. Corti recuerda que esta preocupación está presente en el Criterio General n° 121/08 emitido por el Fiscal General, que remite al aprovechamiento de los medios organizados por el GCBA para atender a quienes necesitan vivienda. Ello no significa que esos medios sean tenidos por suficientes, por lo que deben ser complementados por lo que resulta de la interpretación del art. 335 propuesta en ese voto, a resultas de la cual: *a)* se debe dar alguna forma de comunicación a los afectados, y *b)* no se debe cumplir el desalojo si es que quienes tienen derecho a la vivienda o quedan sin ella no encuentran modo de ver atendida su necesidad (conf. el punto 9.4 de este voto). Como decimos más arriba, este es un interés que merece nuestra más alta consideración, y compar-

timos con el Dr. Corti que hay que buscarle respuesta.

10.1. Comenzaremos por hacer algunas consideraciones acerca del alcance de la propuesta mencionada como a). No obstante la referencia al llamado a prestar declaración indagatoria —o, mejor dicho, a la luz de las reglas locales: a la notificación del hecho imputado (conf. el art. 161 del CPPCABA)—, la comunicación que pide alcanza no a los imputados o no solamente a ellos, sino a los afectados, esto es, presumiblemente, a quienes se ven desalojados. Esto generaría indudablemente una dilación cuyos alcances son difíciles de prever. En algunos supuestos podría tener como efecto mantener en el uso de una vivienda a quienes la necesitan; pero, en muchos otros simplemente constituiría una dilación injustificada. A su turno, omite toda consideración acerca de la necesidad del propietario, que, en definitiva, también es un afectado. Ello supone que la solución del supuesto en que todos aspiramos a ver atendidas las necesidades justificadas requieren otro tipo de solución.

El alcance de b), en cambio, queda restringido a los supuestos de necesidad de vivienda (con las complejidades que él acarrea, conf. el punto 9.4 de este voto).

Sin embargo, la acción judicial prevista en a) tiene una relación con la b) compleja que vale examinar en algunos de sus aspectos.

El primero de ellos es que a) hace ganar tiempo al ocupante. En este sentido, cumpliría la finalidad de mantener en la vivienda a alguien que tiene necesidad de ella y por ello la ocupa. Pero, solo por breve término —uno inadecuado para la necesidad—, a menos que sea prolongado mediante subterfugios. Es decir, que para la solución del problema habitacional es inconducente. A su turno, comprendería, por lo dicho en el párrafo anterior, numerosos supuestos en que no estamos en presencia de una necesidad de techo; y, centralmente, el debate tendría una relación indirecta con la satisfacción de la necesidad de vi-

vienda. Ese debate se daría ante un juez incompetente para resolver conflictos de derechos subjetivos relativos a la propiedad, posesión o tenencia del inmueble. Ese juez es, en cambio, competente para sancionar penalmente, por lo cual aquello que en él se diga no es neutro respecto de lo que se resuelva en la causa sino que puede generar perjuicio al imputado.

Todo lo cual sugiere que es difícil cuestionar la solución que adopta, literalmente considerada, la ley que estamos examinando. El mecanismo que adopta es facultar ampliamente al juez para establecer si se dan las condiciones que justifican hacer cesar un delito o sus efectos sin llevarlo a abrir ante sus estrados un debate cuyos contenidos le serían ajenos o pondrían al imputado en situación de arriesgar a formular u omitir declaraciones con potencial impacto en su defensa o en sus derechos. El art. 335 le abre la posibilidad de adquirir los elementos necesarios para adoptar una decisión de impacto muy sensible, pero, al mismo tiempo, reversible, toda vez que el desalojado puede ser reinstalado; así como, cuando se niega la restitución, puede ser perseguido el desalojo en otro fuero.

10.2. Otro aspecto a considerar es quienes se beneficiarían con el mantenimiento en la vivienda. Es manifiesto que serían ocupantes entre los cuales habría presumiblemente algunos autores de delitos, algunos incurso en conductas anti-jurídicas pero no culpables y también numerosas personas no incurso en el delito, pero cuya permanencia en el inmueble constituye los efectos de un delito y, por ende, una afectación del derecho del legítimo titular del dominio y/o de la posesión, quien soportaría el costo de mantener en la vivienda al ocupante. En nuestra visión, el art. 335 dota al juez de potestades suficientes para que adapte la medida al tipo de situación que detecte. Limitar al magistrado conduciría a tratar de igual modo a supuestos que todos podemos encontrar distintos. Ciertamente, estas potestades

ponen muy serias responsabilidades sobre los hombros de las mujeres y los hombres que ejercen la judicatura para el pueblo de la CABA, pero, debemos asumir que la CCBA ha diseñado un dispositivo que garantiza que quienes se hallan investidos de esa delicada misión están a la altura de sus deberes y, por sobre todo, que no somos nosotros quienes estamos mejor dotados que los legisladores para ponerles límites que los representantes de la voluntad popular entendieron inadecuados.

10.3. Brindar vivienda a quien la necesita es un finalidad compartida por buena parte del pueblo de Buenos Aires. Hacer los mayores esfuerzos posibles para facilitar el acceso a ella constituye un deber del estado asumido por la Nación Argentina como parte en tratados internacionales que constituyen un verdadero compromiso de la Humanidad. Es el Poder Legislativo quien tiene atribuciones para asignar los recursos necesarios para cumplir con ese deber asegurado en forma de derecho a nuestros semejantes que están necesitados; y, asimismo, la de establecer el orden de prioridades para recibir las prestaciones estatales.

Finalmente, vale tener en consideración que asumiendo que los recursos son finitos es necesario encontrar criterios para la distribución del bien de que se trata. Diversas son las prioridades que podemos considerar aceptables como observadores; pero, difícilmente quepa colocar a la ocupación entre los criterios para prevalecer sobre la asignación a otros. Ciertamente es que muchos de quienes ocupan tienen necesidades más acuciantes que muchos de quienes no ocupan; pero, el problema no es ese sino si sus necesidades son prioritarias sobre otros necesitados que no se resuelven a ocupar.

Una cuestión central: ¿A quién se le recortan poderes?

11. Un aspecto central de la limitación que propone el voto del Dr. Corti al texto del art. 335 del CPPCABA para que

supere el examen de validez es que recorta poderes a los jueces que tienen a su cargo restablecer el orden. Dicho de un modo más detenido. La lectura del art. 335 da amplios poderes a los jueces que los aplican para establecer cuáles son los extremos de cuya concurrencia depende la desocupación. Ciertamente, lo hace teniendo en mira la preservación de un bien público, la seguridad en el ejercicio de derechos de propiedad sobre inmuebles. Pero, a un mismo tiempo, evitando que el debate acerca de ellos ponga en peligro a las personas que se ocupan de sumar pruebas en su contra o incrementar el riesgo de sufrir una condena penal. La solución que propicia el voto al que respondemos suprime algunas de las alternativas posibles a la luz del texto del art. 335, con el obvio efecto de impedir que el juez que debe decidir incurra en un ejercicio que entiende incompatible con las garantías constitucionales y derechos contemplados en tratados internacionales.

Desde luego, semejantes desbordes son posibles, por la simple razón de que los jueces a quienes toca aplicar el art. 335 no son infalibles. En verdad, ni ellos ni nosotros. Pero, si el Legislador decidió confiar en su criterio, no parece que seamos nosotros quienes debamos poner trabas que no apuntan a todos los casos sino a algunas excepciones que no deben ser empleadas para fijar la regla.

En el ejercicio ponderado de estas facultades, amplias pero guiadas por criterios precisos, los jueces pueden y deben encontrar respuesta al único problema real que anima justificadamente el cuestionamiento al art. 335. Aunque no sepamos con precisión cuántas son las ocupaciones protagonizadas por quienes necesitan vivienda, podemos suponer que no son pocas. Tampoco sabemos cuántas tienen por protagonistas a personas que son defraudadas o explotadas por los verdaderos aprovechadores de una propiedad que saben ajena y para estos últimos la prolongación de ocupaciones ilegales es una clara ventaja convertible en dinero. Pero,

el art. 335 no tiene ni puede tener el alcance de borrar el resto del orden jurídico ni especialmente los valores de convivencia cuya preservación depende en amplia medida del buen funcionamiento institucional. El art. 335 forma parte de un orden jurídico en el que el derecho a la vivienda convive con el derecho de defensa de los derechos que asiste tanto a los ocupantes como a la víctima y a la Ciudad de Buenos Aires, y esencialmente con los valores que inspiran estas creaciones o reconocimientos institucionales. Es por ello que cuando toca aplicar la norma referida el juez debe ponderar la situación humana a la luz de todo el ordenamiento y sopesar los intereses que preserva la medida que disponga y los que desatiende. En este orden de ideas, se debe extremar la aplicación de todos los recursos que la Ciudad dispone en bien de quienes no tienen techo, cosa que recuerda el criterio general del Fiscal General citado en el voto que suscita estas reflexiones. Pero, aún más, no es ajeno a la competencia que le abre el art. 335 examinado buscar el equilibrio entre la privación que sufren las personas desalojadas y el sacrificio temporario que pesa sobre el propietario hasta el recupero. Compartimos la preocupación social del Dr. Corti, pero, no vemos el modo de atenderla en los mecanismos que propicia sino en la equilibrada aplicación de la ley vigente por el juez munido de la totalidad de las potestades del art. 335.

Mesa de diálogo

12. Las competencias del Tribunal vienen definidas por el art. 113 de la CCBA; y entre ellas no se encuentra la de “encomendar” a otros órganos, también de origen constitucional, la realización de “una Mesa de Diálogo”. En esas condiciones, la emisión de una orden de esa especie dirigida al Consejo de la Magistratura podría dar lugar a un “conflicto de poderes”; conflicto en el que el Tribunal, más que ningún otro órgano, debe evitar incurrir, en atención a la obligación constitucional que tiene de resolverlos.

12.1. Por lo demás, la situación planteada aquí dista de ser similar a las que resolvió la CSJN en los precedentes “Verbitsky” y “Mendoza” (publicados en *Fallos*, 328:1146 y 329:2316, respectivamente). En ambos casos lo que estaba en discusión era el cumplimiento de obligaciones constitucionales por parte de diversos estados locales sujetos a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema federal (en uno, las obligaciones vinculadas al tratamiento de las personas privadas de su libertad y, en el otro, el derecho a un ambiente sano), no un tribunal dentro del mismo estado. Aquí no se discute un incumplimiento del Estado local. Lo que se debate es la validez de una regla procesal, la del art. 335, en cuanto no requiere intervención del “afectado” para hacer lugar al pedido del damnificado de que se le “reintegre la posesión o tenencia del inmueble”, debate que lejos se encuentra del suscitado en los mencionados precedentes de la CSJN. Más lejana aún es la cuestión relativa a la aplicación del art. 23 del C.P.

12.2. El alcance mismo del diálogo debería ser definido de manera tal que cada participante no quedara impelido por el Tribunal a obrar por fuera de sus delicadas atribuciones. En este orden de ideas, el CM no tiene atribuciones jurisdiccionales mientras que quienes encabezan las tres ramas del Ministerio Público tienen autonomía funcional. Ello no obstante, confiamos en el buen criterio con que el CM ejerce las altas competencias que le atribuyen la CCBA y la ley, particularmente la del art. 1º *in fine* de la ley 31 en cuanto le encomienda “...lograr la satisfacción de las demandas sociales sobre la función jurisdiccional del Estado”; de manera que no acompañar una propuesta como la del Dr. Corti no supone asumir una posición contraria ni menos aun no simpatizar con que estas autoridades velen por el bienestar, tanto el general como el de los más necesitados.

Por ello, y en concordancia con el Dr. Casás, votamos por rechazar la presente queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja:

1. El recurso de queja presentado por el Defensor General cumple con los requisitos exigidos por el art. 33 de la Ley 402, por cuanto fue interpuesto en tiempo, por escrito y con la debida fundamentación. En cuanto a su contenido planteó una serie de críticas que se encuentran bien razonadas en contraste con la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad. Por tales motivos, la queja debe prosperar.

Recurso de inconstitucionalidad:

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa impugna la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que confirmó la sentencia de primera instancia que había dispuesto el reintegro del ya referenciado inmueble.

La impugnante circunscribe el caso constitucional “en desmedro de la garantía de defensa en juicio —en cuanto mis asistidos/as dado que no se han efectuado en autos los actos procesales tendientes a acreditar la comisión de un delito y sus posibles autores—, y, del principio de inocencia —en la medida que recae sobre mis asistidos/as el perjuicio de una decisión de trascendente injerencia, en el marco de una investigación penal por usurpación, sin haberse constatado siquiera la adecuación típica de la conducta reprochada y menos aún la determinación concreta de qué conducta se achaca, a quién, y de qué modo la llevó a cabo. A la vez que abandona manifiestamente los principios que rigen las medidas cautelares en el marco del proceso penal, dado que se trata de una medida que no tiene por objeto asegurar los fines del proceso ni evitar los eventuales ‘peligros procesales’, sino que lisa y llanamente importa una sanción anticipada.” (fs. 27).

En este sentido, la defensa procura la declaración de inconstitucionalidad del art. 335, *in fine*, del CPPCABA.

3. La Cámara, por su parte, sostuvo que:

i) “[l]a restitución del inmueble al damnificado no vulnera el estado de inocencia de quien resulta imputado en el proceso penal, dado que, como todo instituto cautelar, tiende a asegurar los fines del proceso para evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien la solicita...” (fs. 16 vuelta);

ii) “[i]ncluso la mentada protección anticipada, en tanto se fija con estricto fin cautelar, en modo alguno puede equipararse a una ‘pena anticipada’ tal como lo refiere la asistencia técnica, ya que a diferencia de lo aseverado en su presentación, una vez activado el sistema penal por el delito de usurpación, su naturaleza punitiva no se agota con el reintegro del inmueble a quien era su legítimo poseedor o titular.” (fs. 16 vuelta).

4. La circunstancia de que se efectivice o no el desalojo, no supone ningún obstáculo para pronunciarme sobre la cuestión constitucional traída por la defensa, porque tal como lo sostuvo la CSJN en el fallo “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” (F. 259. XLVI), “se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro” (considerando 5°). La finalidad a la que alude la CSJN tiene virtualidad en el caso y me determina a votar en el sentido en que lo expreso en los apartados que siguen

5. El art. 335, *in fine*, del CPPCABA dice: “[e]n los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proce-

so y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

Adelanto que, por las razones que a continuación expondré, declararé la inconstitucionalidad de la norma legal citada, puesto que tal como se encuentra formulada lesiona no solo el principio de inocencia, sino que además afecta el principio de legalidad y el derecho de defensa.

Su redacción compleja y su ubicación dentro del Código Procesal Penal de la Ciudad en el Título III (ejecución civil), del Libro V sobre “ejecución”, supone extremar su control constitucional.

6. El modo en que ha sido redactada la normativa habilita interpretaciones arbitrarias que ponen en crisis las garantías constitucionales antes mencionadas.

Permitir, en un proceso penal, que en “cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio”, con solo “acreditar” verosimilitud en el derecho invocado, se pueda disponer el reintegro inmediato de un inmueble, supone avasallar la presunción de inocencia y del debido proceso de quien lo habita u ocupa.

La medida de reintegro, por sus efectos, es constitutiva de un estado de imputabilidad hacia quien se encuentra habitando u ocupando un inmueble. La norma legal permite anticipar un desalojo en un proceso penal que se lleva a cabo previo al dictado de una sentencia condenatoria y trata como “imputado/a” a quien pudiera no serlo: cuestión que entra en colisión con lo preceptuado por el art. 18 de la C.N..

La inocencia en el procedimiento penal de acuerdo a las garantías constitucionales “impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio

de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena” (MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 490).

La restitución debería ordenarse entre la persona damnificada y aquella que resulte, por sentencia condenatoria y firme, indicada como usurpador/a del inmueble.

El estándar normativo exigido a la parte damnificada —la verosimilitud del derecho— pone en jaque el derecho de toda persona acusada de las garantías de su inocencia y debido proceso, por el solo hecho de tratarla como “imputada” aun en los casos en que finalmente no llegase a ser formalmente condenada por el delito de usurpación.

Para resistir la verosimilitud del derecho del damnificado/a, la persona acusada debe *demonstrar* su propio derecho legítimo, aun cuando no sea imputado/a y a riesgo de no contar con defensa propia. Paradójicamente, la resistencia que debe intentar se ve frustrada cuando la propia norma autoriza a disponer la medida de coerción prescindiendo de oír a la persona ocupante.

En este punto, es donde anida la arbitrariedad de la normativa legal: dispone sin mayores certezas judiciales un desalojo anticipado contra personas que —identificadas o no dentro de un proceso penal— pueden no ser finalmente condenadas por el delito de usurpación y que paradójicamente son interpeladas, por el propio dispositivo, como potenciales imputados/as.

La persecución punitiva del Estado debe condenar a quien es consignado como usurpador/a pero solo cuando las circunstancias de prueba y hecho así lo permitan. El artículo, sin embargo, habilita tratar como tal a cualquier persona por el solo hecho de habitar u ocupar un inmueble, sin sentencia previa y en cualquier estado del procedimiento.

Esta flexibilidad lesiona el principio de inocencia porque la norma ya presupone, mucho antes de declarar como usurpador/a a quien se encuentra en el inmueble en conflicto, como imputado/a del delito de usurpación. Se prescinde de los derechos y garantías que puede oponer quien busca mantener el goce de la ocupación.

El desalojo anticipado que prevé el artículo en cuestión se asemejaría a una medida coercitiva. Como explica Maier: “[I]a coerción estatal significa utilización de la fuerza pública por parte de órganos del Estado, para el caso, la ejercida legítimamente, esto es, la autorizada o permitida por la ley a ciertos órganos estatales (*nulla coactio sine lege praevia*)... Las medidas de coerción, expresión del uso de esa fuerza, van siempre dirigidas hacia una persona, ... pues ellas se refieren *todas* a derechos fundamentales concedidos por la ley a una persona...” (MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. III, *Parte general. Actos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 374).

Las medidas de coerción no son penas anticipadas ni tampoco fines en sí mismas: “solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva”. (CAFFERATA NORES, José I.: *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 3).

Como advierte Bruzzone: “[I]a razón de ser de las medidas de coerción (o de injerencia) reside en brindarle a los órganos del Estado encargados de la averiguación o persecución de los delitos los medios necesarios para poder cumplir con los fines del proceso. Aunque se podrían poner en crisis, digamos que esos fines son: la averiguación de la verdad y el cumplimiento del derecho material. Si la medida no cumple con alguna de estas finalidades no se justifica” (BRUZZONE, Gustavo A.: “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo

en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en BAIGÚN, David, *et al.: Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 244/5).

En esta tesitura, la aplicación de determinados actos coercitivos en el procedimiento penal debe sostenerse en *necesidades legítimas* (MAIER: ob. cit.) que los avalen. Las medidas de coerción encuentran su límite, tal como lo señala Maier, en el principio de que aún una persona imputada no puede ser tratada como culpable hasta tanto se dicte una sentencia condenatoria firme.

Por otra parte, y tal como resalta Bruzzone muchas medidas de coerción se esconden detrás de medidas cautelares: “[t]oda medida de coerción, aunque se encubra bajo el nombre de ‘una medida cautelar’, si su utilización no responde a los fines mencionados, no puede ser considerada bajos estos parámetros. Se trata, en realidad, de otra ‘cosa’, encubierta bajo un rótulo que no le pertenece” (BRUZZONE: ob. cit.).

Dichas medidas presuponen prudencia en su aplicación. La faz subjetiva de la medida coercitiva se encuentra en la fundamentación: debe ser *necesaria, idónea y proporcional* (Bruzzone Gustavo A., op. cit.). Deben guardar proporcionalidad respecto de la finalidad que se persigue en el proceso penal.

Para Bruzzone, al evaluar la aplicación de una medida de coerción debe considerarse lo siguiente:

- 1) la misma tiene que estar prevista en la ley (*nulla coactio sine lege*);
- 2) el órgano que la dicte, debe ser el competente para disponerla;
- 3) la medida debe ser necesaria;
- 4) idónea para el fin que persigue; y
- 5) debe ser proporcional, teniendo en cuenta los intereses afectados” (Bruzzone, op. cit. p. 250/251).

El art. 335, *in fine*, del CPPCABA no cumple con tales exigencias: si lo que se busca repeler es el delito de usurpación, no hay motivos ni fines preventivos que puedan avalarla. Al contrario su redacción avasalla los límites constitucionales en materia de garantías penales. El artículo no sale “en el auxilio necesario para poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción penal hipotética (en este caso dado por el delito de usurpación)” (MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 516).

De esta manera, la coerción que se aplica sobre la libertad de disponer de un bien, como en este caso, debe encontrar apoyo en elementos de prueba que señalen en *alto grado de probabilidad* que aquel sobre quien recaiga la misma, es autor o partícipe del hecho imputado. Además, que su aplicación se ampara a fin de evitar un peligro en la búsqueda de la verdad. En el presente caso, esta probabilidad no está bien fundamentada por el art. 335, *in fine*, del CPPCABA.

Obsérvese que hay otras alternativas a través de las cuales resolver la cuestión del desalojo, que no están implicadas dentro de un procedimiento penal: el código procesal civil. Esto demuestra que el artículo en cuestión no es *absolutamente indispensable* y genera sobre la persona potencialmente imputada, un mal mayor, que se traduce en la vulneración a sus derechos y garantías constitucionales, ya señaladas.

Como ya dije al emitir mi voto en el expte. n° 1556/02 “Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa Alicia y otros s/desalojo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, el art. 335, *in fine*, CPPCABA, “no prevé ninguna oportunidad para que quienes puedan resultar alcanzados por una orden de lanzamiento tengan conocimiento de la tramitación de la causa, ocasión de ser escuchados, producir prueba y hacer valer los medios de defensa de que dispongan en tiempo oportuno y con las debidas garantías. Mirada

así, la norma colisiona con el derecho de defensa y el debido proceso (arts. 8° y 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8°, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14, PIDCyP, art. 18, C.N. y art. 13, CCBA).”

Asimismo, en materia de derecho a la vivienda el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce en su art. 11, párrafo 1, el derecho a una vivienda adecuada—, ha entendido que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la “seguridad jurídica de la tenencia”, abarcadora del derecho a garantías procedimentales suficientes para revisar en sede judicial la amenaza de desalojo.

Así, en su Observación General n° 4 ha dicho que “todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas” (punto 8 a). Aún más específica es la Observación General n° 7 (1997), en la que reconoce “el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada” (punto 8) y agrega “[a]unque algunos desalojos puedan ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados” (punto 11). En este último sentido se precisa “que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran... g) ofrecer recursos jurídicos” (punto 15).

Insisto: la redacción del art. 335, *in fine*, CPPCABA, su ubicación en el CPPCABA en el acápite del Libro V sobre ejecución de sentencia y las consecuencias derivadas de su aplicación, evidencian

que el artículo es contrario al derecho de defensa y al debido proceso (arts. 8° y 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8°, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14, PIDCyP, art. 18, C.N. y art. 13, CCBA), lo que lo torna inconstitucional.

7. En consecuencia, voto por a) hacer lugar al recurso de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa; b) declarar la inconstitucionalidad del art. 335, *in fine*, del CPPCABA; y c) ordenar el archivo de las actuaciones.

El juez HORACIO CORTI dijo:

I. La existencia de sentencia definitiva y la trascendencia institucional del caso

1. Considero que la decisión recurrida tiene que ser asimilada a una sentencia definitiva en los términos del recurso bajo examen.

Tal como surge de la propia práctica judicial es habitual que en los casos regulados por el art. 335 del Código Procesal el litigio concluya con la decisión judicial que dispone desocupar el inmueble, sin que incluso se inicie el proceso penal propiamente dicho.

Dicha circunstancia convierte, en los hechos, a aquella decisión, en la que pone fin al litigio. Por ende, ella deviene, en el sentido técnico requerido como condición de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, la sentencia definitiva del proceso.

Si no se admitiera el recurso contra esta decisión lo más probable es que, al no darse un proceso posterior, no exista ninguna resolución futura que recurrir, circunstancia que excluiría a este proceso del recurso de inconstitucionalidad, consecuencia que no cabe aceptar.

Dicho en otros términos, no existiría, por la conclusión misma del proceso a través del desalojo, la posibilidad de una reparación ulterior.

Esto hace aplicable la jurisprudencia de la Corte según la cual cabe considerar

definitivas aquellas decisiones que “causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”.

2. En otro orden de ideas, no puede dejar de tenerse en cuenta la trascendencia institucional que presenta la temática del caso. La interpretación del procedimiento establecido en el art. 335 del CPPCABA ha sido abordada por diversos órganos del Poder Judicial de la Ciudad y ha suscitado la redacción de numerosos documentos jurídicos que dan cuenta de la complejidad del entramado de derechos y garantías involucrados, así como de las cuestiones logísticas u organizativas que presenta su ejecución —coordinación entre distintos órganos jurisdiccionales y administrativos que intervienen para efectivizar la restitución del inmueble—. Ello revela el trasfondo social, político y jurídico que se configura en la mayoría de los casos de su clase. Esta relevancia hace necesario un pronunciamiento por parte del Tribunal, en su carácter de máximo intérprete normativo de la jurisdicción local.

II. *Las intervenciones institucionales de los diferentes actores del Poder Judicial de la Ciudad*

3. Con el objeto de mostrar cómo la cuestión atraviesa a los diferentes actores del sistema institucional, efectuaré una reseña de los diferentes modos en que los distintos operadores jurídicos han trabajado sobre el asunto. Conocer las consideraciones que han vertido y cursos de acción adoptados también otorga la posibilidad de tomar contacto con las demandas y exigencias que la cuestión presenta para cada uno de ellos.

3.1. Los protocolos de actuación del Ministerio Público

En primer lugar, en la órbita de las distintas ramas del Ministerio Público de la Ciudad, el contenido del art.335 del CPPCABA ha dado lugar a la elaboración de diversos protocolos de actuación. Tanto desde la cabeza del Ministerio Público

Fiscal como del de la Defensa y del Ministerio Tutelar se han generados documentos a fin de tener un criterio general que unifique el modo en que sus integrantes interpretan y llevan a cabo el procedimiento previsto para la restitución de inmuebles en los casos de posible comisión del delito de usurpación.

3.1.1. El Protocolo del Ministerio Público Fiscal

Mediante la resol. FG 121/08, el Fiscal General estableció como criterio general la actuación de los fiscales de acuerdo con lo dispuesto por el Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados elaborado por la Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos, incorporado como Anexo de la mentada resolución.

Entre los fundamentos enunciados por el Ministerio Público Fiscal para su regulación se resaltó “la necesidad de contar con un procedimiento especial que permita por una lado, cumplir con la restitución del inmueble que estipula la ley y, por el otro, reducir el impacto social que pudiera acarrear la disposición de una medida de tales características”. Además se hizo hincapié en la necesidad de articular la actuación del Ministerio Público Fiscal con “todos los organismos del Poder Ejecutivo de la Ciudad cuya participación resulte necesaria según cada caso, a fin de que el procedimiento de restitución se plasme de la forma menos lesiva posible, en tanto la desocupación no tenga lugar de manera voluntaria o por acuerdo”.

Las razones transcritas dan cuenta de que el desalojo de un inmueble tiene una trascendencia social que excede la de un desalojo dispuesto en una sentencia particular.

En lo que hace al procedimiento, el protocolo estipula que, luego de recibida la denuncia por parte del damnificado, el Fiscal actuante debe constatar la existencia de los presupuestos legales requeridos por el tipo penal establecido en el art. 181 del Código Penal (que tipifica el delito de

usurpación) y verificar que se reúnan las exigencias de carácter procesal establecidas en el art. 335 del CPPCABA necesarias para gestionar la restitución del inmueble. En suma, se requiere la existencia de haya indicios sobre la existencia del delito de usurpación, pedido del damnificado/a y verosimilitud del derecho invocado.

Una vez acreditados los extremos detallados, se inicia la denominada “primera fase del protocolo”. En este punto, vale destacar que si bien el art. 335 otorga al Fiscal la facultad de que sea el propio representante del Ministerio Público quien disponga “provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble” el protocolo de actuación no prevé la posibilidad y estipula que —en todos los casos— la orden de allanamiento, desahucio y otorgamiento de la tenencia o posesión deberá ser requerida al Juez. Es, en palabras del Fiscal General, “un acto de autolimitación” (conf. resol. FG 328/10).

En la denominada “primera fase” tienen lugar una serie de actos que deben ser coordinados entre el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación y varios organismos de la administración gubernamental. En este estadio, luego de recibida la denuncia, el Fiscal actuante requiere a la Dirección General de Atención Inmediata, por intermedio del programa Buenos Aires Presente (BAP), que se constituya en el lugar presuntamente usurpado y realice un censo completo. Además, convoca a la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias para que, en la misma oportunidad, inspeccione el inmueble objeto de restitución y determine si existe peligro de derrumbe.

Cumplido ello, el Protocolo prevé cuatro (4) escenarios posibles. En el primero, el Programa Buenos Aires Presente ingresa sin inconvenientes y remite el censo elaborado al Fiscal. Con tales constancias, el Representante del Ministerio Público invita a las partes a concurrir a una *instancia oficial de mediación o composición* en la que se acordará, entre otros

aspectos, la fecha y condiciones de la restitución del inmueble. En caso de arribarse a un acuerdo, el Fiscal solicita a la Oficina de Mandamientos del Poder Judicial que un agente se constituya en el lugar y realice un inventario de los objetos que se encuentran en el inmueble. Luego, comunica el acuerdo y fecha de la restitución a los siguientes organismos: SAME, Defensa Civil, Guardia de Auxilio. En caso de corresponder, en atención a las particularidades de los moradores del inmueble, también debe notificar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a la Dirección de Minorías y sus Garantías, al Ente Higiene Urbana, a la Dirección General de Fiscalización y Control y a la Dirección General de Protección del Trabajo.

El segundo escenario contemplado en el Protocolo tiene lugar cuando el fracasa el proceso de facilitación, sea porque las partes no arribaron a un acuerdo o porque incumplieron los términos pactados. En tal caso, el Fiscal debe intimar a los ocupantes del inmueble -a través de la Oficina de Mandamientos- para que en el plazo de setenta y dos (72) horas lo desocupen y se efectúe la realización del inventario. En el caso de que fracase la intimación, debe requerir al Juez que libre la orden de allanamiento. Con tal decisión, articulará la desocupación con la intervención de los organismos de gobierno cuya presencia resulte necesaria, acto con el que se inicia la segunda fase del procedimiento establecido por el Protocolo.

El tercero de los escenarios se presenta en los casos en los que no se han podido llevar a cabo la intervención de los organismos gubernamentales en el inmueble ni la intimación a desocuparlo. También en este supuesto el Fiscal debe requerir al Juez la orden de allanamiento a fin de materializar la restitución.

En el cuarto escenario, el informe del Programa Buenos Aires Presente y de la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias indica que el inmueble presuntamente usurpado presenta peligro

de derrumbe. En tal caso, el Fiscal debe dar intervención al Poder Ejecutivo de la CABA a los fines de dar curso al procedimiento de desalojo administrativo, sin perjuicio de continuar con la investigación del delito de usurpación.

La segunda fase establecida en el Protocolo comienza una vez librada la orden de allanamiento por parte del juez. Obtenida la manda judicial, el Fiscal debe fijar la fecha en la cual se realizará el procedimiento de restitución y detallará los organismos de gobierno que participarán, a los que debe notificar. Además, evaluará la posibilidad de disponer una consigna policial una vez concluido el procedimiento, para el caso de que no se haya podido tapiar ni restituir el inmueble a su propietario.

3.1.2. Las consideraciones del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar respecto del protocolo del Ministerio Público Fiscal

A raíz de la experiencia adquirida en la práctica, el Defensor General y la Asesora General Tutelar, mediante la resol. conjunta DG 210/09 y AGT 172/09, pusieron de manifiesto que en la mayoría de los procesos llevados a cabo en virtud de lo dispuesto por el art. 335 del CPPCABA no se había notificado al Ministerio Público Tutelar ni al de la Defensa.

En consecuencia, a fin de salvaguardar los derechos de sus representados y en el entendimiento de que se encontrarían afectados derechos y garantías constitucionales —entre los que destacaron el derecho de defensa en juicio y la “primacía en la protección de los niños, adolescentes y población de riesgo que se encuentre en el lugar, en cualquier circunstancia”— solicitaron al Fiscal General que adopte las medidas pertinentes para garantizar la debida intervención de ambas ramas del Ministerio Público según sus respectivas competencias, desde el momento de recibida la denuncia.

3.1.3. La respuesta subsiguiente del Ministerio Público Fiscal

En respuesta a la petición cursada, el Fiscal General dictó la resol. 328/10. En ella, sin perjuicio de señalar que la defensa pública tenía la posibilidad de tomar vista preliminar de los casos ingresados al sistema informático JusCABA y de las denuncias que ingresan de forma automática a través de las Unidades de Orientación y Denuncia —lo que a criterio del Fiscal General “*satisface ampliamente el requerimiento de intervención*”— se dispuso que: a) en los casos en los que se proceda conforme el primer escenario previsto por el Protocolo de Actuación en Materia de Restitución de Inmuebles (resol. FG 121/08), los Fiscales, al invitar a las partes a concurrir a una instancia oficial de mediación o composición, “deberán notificar a los ocupantes del inmueble ilegalmente ocupado acerca de los derechos y garantías relacionados con la asistencia legal y técnica por parte de letrados de su confianza o por defensores oficiales, en cuyo caso se indicará en el texto de la notificación el nombre del responsable de la defensa pública habilitado a tal fin, su horario de atención, modo de comunicación, dirección, líneas telefónicas fijas y móviles, etc.”; b) En los casos en que se proceda de acuerdo con el tercer escenario, al momento de la intimación a desocupar el inmueble, deberán notificar a sus ocupantes los derechos señalados en el artículo anterior, con el detalle de la información que allí se menciona respecto de la defensa pública (conf. arts. 4º y 5º, respectivamente, de la resol. FG 328/10).

Sin embargo, en el mismo acto se dispuso que tales directivas solo serían operativas a partir del momento en que la Defensoría General emitiera un criterio general de actuación, comunicara sus términos a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, e informara la vía idónea para que los ocupantes de un inmueble objeto del delito de usurpación puedan localizar al representante de la Defensoría General que corresponda según su organización interna, a los efectos de que tales datos sean

incorporados en el texto de las notificaciones referidas anteriormente.

Además, el Fiscal General consideró que no correspondía abordar la temática de la legitimación del Asesor Tutelar para intervenir en los casos del art. 335 del CPPCABA pues el Tribunal Superior de Justicia y la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas se han pronunciado en favor del rechazo de tal potestad. No obstante ello, dejó sentado que nada impide que los Fiscales den intervención a la Asesoría General Tutelar en los casos que consideren que se dan los supuestos legales para su injerencia, extremo que no se encuentra vedado por el ordenamiento jurídico (conf. art. 7º de la resol. 328/2010). También requirió a la titular de dicho organismo que —mediante criterio general de actuación— informara el canal validado a los efectos de dar intervención en los casos seguidos en orden al delito de usurpación, indicando el nombre y apellido, dirección, horario de atención y teléfono fijo y móvil del contacto designado.

3.1.4. El protocolo de actuación del Ministerio Público de la Defensa

El modo en el que los Defensores Oficiales deben conducirse en los casos previstos por el art. 335 del CPPCABA también ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte del Defensor General. Por medio de las resols. DG 104/09, 155/10, 188/10, 106/11 y 188/11, estableció criterios y pautas generales para su actuación.

Las consideraciones que allí se efectúan permiten visualizar las aristas y exigencias jurídicas que presenta la cuestión desde su perspectiva.

En la resol. 104/09, afirma que la problemática de los desalojos ha alcanzado “niveles alarmantes de gravedad”, destaca que la Legislatura ha prorrogado la ley 1408 de “Emergencia Habitacional” (conf. ley 2472) y enfatiza que el derecho a la vivienda se encuentra expresamente reconocido por un conjunto de normas internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía

constitucional (en particular, menciona el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Además, con cita a jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal, advierte que “resulta imprescindible que, previo al reintegro [del inmueble al denunciante], se adopten los recaudos mínimos y necesarios para evitar que su cumplimiento solo traslade la problemática hacia otro lugar o genere consecuencias más gravosas -sin vivienda, con escasas posibilidades de obtener alimento, falta de abrigo, de seguridad, pérdida de la escolaridad, entre otras-, sobre todo para los grupos más vulnerables integrados por los menores que, ajenos al conflicto penal, se ven inmersos en una realidad a la que no contribuyeron”. Como corolario, dispone que los Defensores/as de ambos fueros “en los casos de desalojo forzoso de inmuebles destinados a vivienda (...) requerirá[n] que se preserve el derecho a una vivienda digna y la aplicación de las garantías establecidas en las Observaciones Generales N° 4 y 7 en materia de desalojos forzosos y las Observaciones Finales de 1999 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas...”.

En la resol. 155/10 enfatizó que “el trámite de causas que puedan involucrar el desalojo forzoso de una persona o grupo de personas de inmuebles destinados a vivienda, sin haberlas escuchado previamente, vulnera los derechos de defensa en juicio y al debido proceso”. En tal oportunidad, además de requerir al señor Fiscal General que “adopte las medidas pertinentes para garantizar que los Fiscales en lo Penal, Contravencional y de Faltas comuniquen la existencia de un proceso penal al Defensor Público en los Penal, Contravencional y de Faltas que por turno corresponda, desde el momento inicial de las actuaciones”, fijó los criterios generales de actuación de los integrantes del Ministerio a su

cargo. En cuanto a la actuación de los Defensores Oficiales se estipula que, *a)* con carácter previo a la restitución del inmueble deberán: *i)* brindar asistencia jurídica a las personas que habitan en ellos, aun cuando no estén formalmente imputadas del delito y procurar que sean oídos por el juez antes del lanzamiento; *ii)* plantear la inconstitucionalidad del art. 335 y solicitar, eventualmente, el archivo o una excepción de previo y especial pronunciamiento a fin de analizar los requisitos de la restitución; *iii)* en caso de que el damnificado sea el Estado, nacional o local, requerir se deje sin efecto la solicitud de restitución; *iv)* en caso de que los habitantes deban requerir judicialmente una vivienda alternativa, deberán poner en conocimiento al Defensor General para que un defensor ante el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario inicie la causa correspondiente; *v)* solicitar que se notifique a todos los habitantes del inmueble la fecha del lanzamiento y destino alternativo donde serán trasladados, el que deberá revestir las condiciones de vivienda adecuada; *vi)* en caso de que en el inmueble habitan niños o personas afectadas en su salud mental, requerir que se ponga en conocimiento de la cuestión al Ministerio Público Tutelar para que tome adecuada intervención; *b)* durante el cumplimiento de la restitución los defensores: *i)* deben estar presentes durante el lanzamiento y velar por la seguridad de las personas desalojadas; *ii)* solicitar la presencia del Juez y Fiscal a cargo del operativo, como así también la de los funcionarios responsables del área de desarrollo social del GCBA; *iii)* solicitar que el lanzamiento se realice durante horario diurno, evitar que se lleve a cabo los días de mal tiempo, y *iv)* velar por la seguridad de los bienes desalojados y por su traslado a las nuevas viviendas.

La resol. 106/11 tiene por objeto articular el trabajo y la comunicación entre los Defensores que actúan en cada uno de los fueros locales, en todas las instancias, cuando sus casos involucran a las mismas

personas. Se hace especial referencia al delito de usurpación, en tanto comprende, por un lado tareas defensivas ante el Fuero PCyF y, por el otro, la necesidad de garantizar el acceso a la vivienda digna a través de causas que se radican en la justicia en lo contencioso administrativo y tributario.

La vigencia de los criterios generales de actuación enumerados ha sido prorrogada por el término de un año a partir del día 2 de agosto de 2011 (conf. resol. DG 188/11).

3.1.5. La resolución conjunta del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa

Por último, la Fiscalía General y la Defensoría General emitieron la resol. conjunta FG 75/11 y DG 69/11, mediante la cual decidieron “conformar un equipo técnico a efectos de elaborar en el plazo de 90 días un proyecto de reglas de actuación de magistrados del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, en el marco del protocolo operativo fijado por la resol. FG 121/08 relativo al procedimiento de restitución contemplado en el art.335, último párrafo, del CPPCABA” (art.1). En el segundo de los artículos se designó a los representantes de cada una de las ramas del Ministerio Público que integrarían el mencionado equipo.

3.2. El Acuerdo 4/2009 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravenacional y de Faltas

El 27 de octubre de 2009, a raíz de un requerimiento efectuado por la Sala II, la Cámara PCyF se pronunció sobre cuál debía ser el efecto que corresponde otorgar al recurso de apelación interpuesto contra las decisiones que hicieran lugar a la restitución prevista en el art. 335 del CPPCABA. Se cuestionaba si el desahucio debería llevarse a cabo sin perjuicio del cuestionamiento del recurrente u otorgar efectos suspensivos a su presentación.

El pleno de la Cámara decidió por unanimidad que “a los efectos de asegurar el derecho de defensa en juicio y en el caso particular cuando los jueces de pri-

mera instancia dispongan la medida cautelar del art. 335 del CPPCABA *in fine* y la misma sea apelada, el recurso tiene efecto suspensivo”.

3.3. La resol. 375/12 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad

En el marco de las deliberaciones llevadas a cabo en ocasión de resolver el expediente CM N° SCD-157/12-0, los integrantes del Plenario del Consejo de la Magistratura vertieron una serie de consideraciones que ilustran la complejidad que contiene la temática de autos. En las actuaciones se había cuestionado la actuación de un magistrado en el marco de la ejecución de un desalojo decidido con fundamento en las disposiciones del art. 335 del CPPCABA.

Si bien la denuncia fue desestimada por mayoría de votos, dadas las inquietudes que habían surgido en el marco del debate planteado, el Plenario del Consejo, también por mayoría, decidió efectuar una serie de reflexiones sobre la problemática de los desalojos. Para sustentar su intervención el Plenario destacó la existencia de una *situación de gravedad institucional*. También sostuvo que del análisis del caso *podría inferirse que el sistema judicial no estaría dando respuestas a la problemática social emanada de las situaciones planteadas en casos de la especie*.

Así, y haciendo mención de su responsabilidad institucional, se consideró adecuado manifestar a los operadores del sistema judicial, al órgano legislativo y al Poder Ejecutivo a que adviertan este punto de inflexión en el que se inserta la problemática social aludida.

La resol. 375/12 —dictada en consecuencia— invita “a los Señores y Señoras Magistrados y Magistradas que intervengan en las causas en las que proceda la restitución de inmuebles —en el marco de las facultades y atribuciones que le son propias— extremen los recaudos tendientes a propiciar la desocupación voluntaria, instando asimismo a que dé intervención al momento del lanzamiento, a la totali-

dad de los organismos competentes; a fin de morigerar la situación social producida, particularmente cuando se encuentren involucrados niñas, niños, personas con capacidades especiales y/o toda otra población en situación de riesgo. Ello a fin de coadyuvar a la mejor prestación del servicio de justicia, en orden a lo previsto por el art. 1° de la Ley ut supra citada [ley 31]”.

Asimismo, invita “al Ministerio Público a continuar las acciones llevadas a cabo con motivo del dictado de la resol. conjunta FG 75/11 y DG 69/11 y sus modificatorias, mediante la cual se dispuso la conformación de un equipo técnico a efectos de elaborar un proyecto de reglas de actuación de Magistrados del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, en el marco del protocolo operativo fijado por la resol. FG 121/08, relativa al procedimiento de restitución de inmuebles contemplado en el art. 335, último párrafo del CPPCABA, sumando a este trabajo a la Asesoría Tutelar, conforme sus atribuciones”.

Las opiniones y consideraciones vertidas por los consejeros durante la deliberación, plasmadas en la versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del 28 de junio de 2012, ofrecen un panorama ilustrativo de las cuestiones involucradas.

La Dra. Petrella expresó su preocupación en torno a la existencia de los “derechos vulnerados, como los derechos a la vivienda, salud...”. A su entender “siempre que se dicte una orden de desalojo, dicha resolución no puede omitir considerar los derechos constitucionales a la vivienda digna, a la salud de las personas que, indefectiblemente, se van a ver afectados con las consecuencias de la medida ordenada, así como la particular situación de las personas discapacitadas o menores de edad, cuestión que a mí juicio deberá ser constatada en todos los casos. En este sentido, no puede soslayarse que la alta valía de los derechos involucrados, reconocidos en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (Título Segundo, Políticas Especia-

les), en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Ley Fundamental por conducto de su art. 74, inc. 22, los hace merecedores de una protección particular”. Además afirmó tener “el convencimiento que los efectos perjudiciales de los derechos de las personas desalojadas podrían morigerarse si se articularan herramientas efectivas tendientes a organizar estos procedimientos, no solo teniendo en miras los intereses de quienes aducen un menoscabo en su derecho constitucional de propiedad, sino también los de quienes se encuentran en una situación de máxima vulnerabilidad, máxime teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, el desalojo importa a la persona encontrarse en situación de calle”.

El Dr. Concepción destacó la necesidad de armar equipos técnicos para desarrollar protocolos de actuación que contemplen los temas que fueron motivos de este expediente. Hizo referencia al modo en que se regula el procedimiento en el orden nacional. En torno a ello, explicó que allí se contempla la existencia de un indagado, lo que obliga a la comparecencia de un defensor y resguarda el derecho de defensa en juicio, extremo que consideró no asegurado en el código ritual de la Ciudad. En lo que hace al orden local, enfatizó “la necesidad de que todo el Poder Judicial de la Ciudad realice —según el seguimiento de las competencias que posee cada una de las partes que lo componen— una interpretación del art. 335 del código de rito en materia penal, que resulta armónico con los principios constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio previstos en la Constitución Nacional, la Constitución de esta Ciudad y los pactos y tratados de derechos humanos que la Argentina ha suscripto, y que al poseer jerarquía constitucional forman parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico”.

Además, consideró que “resulta de suma relevancia para el fortalecimiento de la administración de justicia la unifica-

ción de criterios en un protocolo de procedimiento común entre todas las ramas del Ministerio Público, conforme el espíritu de la resol. conjunta FG 75/11 y DG 69/11, tendiente a lograr una interpretación consensuada y conforme a las garantías y derechos mencionados”.

A su turno, el Dr. Olmos señaló que el art. 335 CPPCABA tiene particularidades en cuanto a su ejecución que han generado “alertas en el sistema judicial para todos los actores y los órganos que intervienen en el proceso —hablo en este caso del proceso penal—, sea la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas como el Ministerio Público en sus tres ramas (...) Hay temas que van más allá del propio expediente y de la propia denuncia en cuestión y que tienen que ver con cómo se ejercen derechos que están consagrados en la Constitución de la Ciudad. Es decir, derechos a la legítima defensa, a la vivienda, al acceso a bienes y servicios en esta sociedad”. Puso de relieve la importancia de propiciar la desocupación voluntaria, de dar intervención a todos los organismos competentes a fin de morigerar la situación social producida y de garantizar una adecuada protección de los afectados, en especial cuando se encuentren involucrados niños, niñas, personas con discapacidades y cualquier otra población en situación de riesgo.

Por su parte, el Dr. Baldomar dio cuenta de las dificultades interpretativas que presenta el art. 335 del CPPCABA: “...de lo que surge de este caso y de lo que ocurre en la vida cotidiana de los tribunales penales, contravencionales y de faltas es claro que nos encontramos ante una norma que nos ha llevado a una zona gris. Y esa zona gris ha hecho que hoy se encuentre en juzgamiento la actuación de una colega. Entiendo que resulta necesario poner en conocimiento a la Legislatura a los fines que estime corresponder respecto a todas las consideraciones que se dieron en el dictamen de mayoría y de minoría (...) a los fines de que las técnicas de las normas

ayuden a evitar tratar expedientes como el presente”. “Una redacción más clara del art.335 referenciado puede evitar en el futuro denuncias como la aquí señalada (...), asimismo, en la misma dirección, se lograría reducir el monto de los conflictos jurisdiccionales existentes en tal rubro, lo que ayudaría a garantizar una eficaz prestación de justicia”.

El Dr. Fábregas se refirió al compromiso de las garantías constitucionales no solamente de la Ciudad de Buenos Aires sino de la Constitución Nacional, incorporadas por el art. 75 mediante la adhesión a los pactos internacionales, que el caso conlleva. En especial, hizo mención de las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y de la obligatoriedad de su consideración en los casos que involucren a menores de edad como afectados por la decisión de desalojo.

La Dra. Candarle centró su análisis en la afectación al derecho de propiedad que implica el delito de usurpación y la necesidad de que los tribunales otorguen debida tutela a la garantía constitucional contenida “en varios de los tratados internacionales de jerarquía constitucional enumerados en el art. 75, inc. 22, de la C.N., a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17) y Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (art.21). Naturalmente, también está expresado en forma categórica en el propio texto de la Constitución Nacional, art. 14 y 17”. Consideró primordial tener en cuenta que el artículo constitucional que consagra la protección de la propiedad “... está ubicado en la primera parte de la Constitución Nacional, aquella que es objeto del claro precepto del art. 75, inc. 22, donde se aclara que los tratados allí enumerados no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

La referida resol. 375, a su vez, motivó una comunicación de los Dres. Carla Cavaliere y Fernando Enrique Juan Lima, en cuanto presidentes de las Asociaciones de Magistrados, circunstancia que revela la complejidad y las diferentes aristas de la problemática que subyace al caso examinado.

3.4. La lectura de la reseña que antecede no deja dudas sobre la trascendencia institucional de la cuestión, tanto por la entidad de los derechos involucrados —los del damnificado y los de los afectados—, por la situación social que revelan y producen los desalojos; también porque son casos que requieren acciones coordinadas por parte de todos los operadores jurídicos involucrados, si lo que se pretende es arribar a soluciones que reduzcan, en la medida de lo posible, el uso de la coerción y no agraven la ya difícil situación que se configura en ellos. Además, demuestran los inconvenientes que derivan de la falta de lineamientos claros en cuanto al alcance que corresponde otorgar a la norma procesal cuya constitucionalidad aquí se cuestiona.

III. *Los proyectos de ley presentados en la Legislatura de la Ciudad*

4. Asimismo, también existen en nuestra Legislatura proyectos de reforma del art. 335.

A principios del año en curso, los diputados Rafael Gentili y Julio Raffo presentaron el proyecto n° 201200336, mediante el cual promueven una nueva redacción para los arts. 155 y 335 del CPPACABA. En lo que aquí me interesa destacar, proponen que el art. 335, quede redactado del siguiente modo: “En los casos de usurpación de inmuebles, el Juez podrá disponer por auto fundado el reintegro provisorio e inmediato de la posesión o tenencia del inmueble, cuando exista prueba suficiente de la comisión del delito y el derecho invocado fuera verosímil, siempre que se hubiera cumplido previamente con lo dispuesto en los arts. 92 y 161. Se po-

drá fijar una caución si se lo considerare necesario. El auto será apelable con efecto suspensivo. Cuando el damnificado no sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, además, se cumplan los recaudos antes especificados para que resulte procedente el reintegro provisional o definitivo del inmueble, el Juez interviniente deberá intimar al Gobierno para que, en el plazo de diez (10) días, provea una solución habitacional adecuada para el/los ocupante/s. En el supuesto de encontrarse involucrados en cualquier carácter Niños, Niñas y/o Adolescentes, deberá darse intervención, previo dictado a la orden de restitución, al Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires y al Ministerio Público Tutelar”.

Entre los fundamentos del proyecto, los diputados mencionaron que actualmente el Ministerio Público Fiscal solo analiza “la verosimilitud del derecho, sin siquiera individualizar a los presuntos autores de los delitos denunciados, asimismo, luego de la restitución las causas en general termina en el archivo, sin determinar la culpabilidad o no de los imputados”. Consideraron que “se debe analizar previo a cualquier medida cautelar si se encuentran los elementos objetivos y subjetivos del delito de usurpación, esto es si se comprueba que el/los presuntos usurpadores realizaron la conducta delictiva a sabiendas de la prohibición legal. Por lo tanto, se debe tener indicios vehementes de la comisión del delito, imputable penalmente a una o más personas identificadas, notificadas del delito que se le imputa, ejerciendo su defensa y presentando las pruebas que consideren relevantes”. Finalmente, advirtieron que la intervención directa y automática del Ministerio Público tiene obedece a la propia razón de ser de dicho órgano, más allá de la calidad que ostenten los niños, niñas y adolescentes involucrados en los casos de usurpación.

Recientemente, también el diputado Juan Cabandié presentó una propuesta de

modificación de la norma que nos ocupa (Proyecto 2096-D-2012). Su proyecto va en el mismo sentido que el reseñado anteriormente. Al exponer las razones para promover la reforma, pondera la solicitud de revisión de la redacción de la norma formulada por el Consejo de la Magistratura de esta Ciudad por resolución 375/2012, destaca los escenarios de violencia que han tenido lugar a raíz de los desalojos dispuestos por la Justicia local y sostiene que el proyecto “pretende introducir modificaciones mediante las cuales estas situaciones podrían haberse evitado, garantizando los derechos constitucionales de debido proceso y defensa en juicio (...) Lo novedoso, y donde más se afianza el derecho de defensa en juicio del imputado, es en la obligatoriedad de cumplimentar previamente con lo dispuesto por los arts. 92 y 161 del mismo cuerpo normativo: debe notificarse al imputado concretamente cuál es el hecho por el que se encuentra encausado, y la investigación solamente puede versar en torno a aquel. Además, se le hará saber el derecho que le asiste de ser asistido por un/a defensor/a de su confianza o de designar al/la Defensor/a Oficial y de prestar declaración personalmente o por escrito, en el momento o cuantas veces quiera, sobre los hechos imputados o de abstenerse sin que ello importe presunción en su contra. Asimismo, se pretende preservar la situación de los más vulnerables, que pueden verse envueltos en el proceso sin ser imputados: para ello, se prevé la intervención del Equipo Público de Abogados del Niño, del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires y del Ministerio Público Tutelar”.

IV. Las cuestiones constitucionales planteadas por la Defensa.

5. Sentado lo anterior, corresponde resaltar los agravios constitucionales efectuados en autos por el Ministerio Público de la Defensa.

La Defensa sostiene que se afectan los siguientes derechos y garantías:

- a) Garantía de Defensa en Juicio (arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; art. 11, DUDH; art. 8º, CADH; art. 14, PIDCP; art. 26, DADH, art. 13.3, CCBA) en cuanto sus asistidos nunca fueron oídos durante el proceso;
- b) Garantías del debido proceso: “dado que no se han efectuado los actos procesales tendientes a acreditar la comisión de un delito y sus posibles autores”;
- c) Principio de inocencia en la medida en que recae sobre sus representados una decisión de trascendente injerencia, en el marco de una investigación penal por usurpación sin haberse constatado siquiera la adecuación típica de la conducta reprochada y menos aún la determinación concreta de qué conducta se achaca, a quién, y de qué modo se llevó a cabo.

También aduce que la decisión abandona manifiestamente los principios que rigen las medidas cautelares en el marco del proceso penal, dado que se trata de una medida que no tiene por objeto asegurar los fines del proceso ni evitar los eventuales “peligros procesales”, sino que lisa y llanamente impone una sanción anticipada.

6. Considero que de acuerdo con las exigencias del art. 27 de la Ley n° 402 se ha planteado en el caso traído a estudio una cuestión constitucional, en el que se han invocado disposiciones constitucionales y derechos de igual jerarquía que —a criterio del recurrente— se encontrarían lesionados por la decisión (arts. 14 bis, 18, 19 y 75 inc.22, art.11 DUDH, art.8 CADH, art.14 PIDCP. Art.26 DAHD, art.13.3 CCBA, entre otros).

V. Las diferentes técnicas jurídicas referidas a diferentes aspectos y modalidades del desalojo instrumentadas en el derecho positivo

7. Con el objeto de precisar el alcance de la norma cuestionada para efectuar su evaluación constitucional, resulta útil conocer el modo en que distintos ordenamientos regulan diferentes procesos de desalojo.

Tomar contacto técnicas legislativas e interpretaciones jurisdiccionales que consagran otros modelos de resolución de un conflicto, cuya raíz conceptual es común, o de regulación de alguno de sus múltiples aspectos, permite mejorar la comprensión del fenómeno aquí en examen, al mismo tiempo que aumenta la posibilidad de arribar a una solución —entre aquellas disponibles— que podamos calificar como la más ajustada a los valores, principios y normas fundamentales que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

7.1. El régimen de desalojo en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La evolución del art. 463.

El art. 463 del CCAyT, en su redacción original, establecía: “Acción de desocupación. Procedencia. Trámite. En los casos de desocupación de bienes del dominio privado del Estado, cualquiera sea su causa o motivo, si se ha cumplido el plazo previsto o, en su caso, declarada la rescisión o revocación del acto por el cual se hubiera otorgado, aquella intima la desocupación del/la o de los/as ocupantes, quienes tienen la carga de restituir el bien dentro del término de diez (10) días corridos. La autoridad administrativa, debe requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupantes. En tal caso, el tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, sin más trámite, ordena el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder. La medida no puede suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa”.

La “acción de desocupación” a la que se refiere el artículo precedente presenta una naturaleza similar a una medida

cautelar. En rigor, el lanzamiento allí establecido, es una gestión que debe hacerse por vía judicial a fin de obtener la desocupación del inmueble que pertenece al dominio privado del Estado local. La orden de lanzamiento se dictaba *inaudita parte*, previa constatación por parte del Juez de la existencia de verosimilitud en el derecho invocado por la administración y peligro en la demora.

En los autos “Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra Felicia Alicia y Otros s/Desalojo s/recurso de Inconstitucionalidad concedido”, el Tribunal Superior de Justicia se pronunció sobre la falta de adecuación constitucional del art.463 del CCAyT y confirmó la sentencia de grado que la había declarado de oficio.

En dicha oportunidad, la Dra. Alicia Ruiz sostuvo que “el procedimiento diseñado por el art. 463 del CCAyT no prevé ninguna oportunidad para que quienes puedan resultar alcanzados por una orden de lanzamiento tengan conocimiento de la tramitación de la causa, ocasión de ser escuchados, producir prueba y hacer valer los medios de defensa de que dispongan en tiempo oportuno y con las debidas garantías. Mirada así, la norma colisiona con el derecho de defensa y el debido proceso (arts.8 y 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art.14 PIDCyP, art.18 C.N. y art.13 CCBA).”

Según el análisis del Dr. Maier, la norma presentaba un doble reproche constitucional porque “...por una parte, se adoptó un método de desalojo que prescinde del respeto a la elemental garantía del debido proceso legal, previo a autorizar la injerencia estatal coacta, y por la otra, la función que la norma asigna a la judicatura no pasa de constituir un mero asentimiento mecánico, despojado de toda crítica a la procedencia del desahucio”.

Los Dres. Muñoz y Casás destacaron, por su parte, que “si bien no pueden negarse la existencia ni la legitimidad

del principio de autotutela este debe operar respetando los límites que le fija la Constitución y el necesario respeto de los derechos individuales”. Indicaron que el equilibrio entre el principio de autotutela y las facultades de los jueces de ejercer una adecuada y oportuna tutelar cautelar es el que permite asegurar el derecho de defensa. Luego de ello, y con referencia al rol institucional del juez, concluyeron que “el art.463, cuando establece que el lanzamiento no podrá suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa, contiene una limitación al poder cautelar del juez que además de limitar ilegalmente sus facultades vulnera el derecho de defensa de las personas eventualmente desalojadas”.

A su turno, la Dra. Conde especificó que “el artículo excluye toda posibilidad de defensa del ocupante del inmueble a desalojar, posibilidad que debe acordarse más allá de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, pues el derecho a ser oído en sede judicial se impone sobre aquella y no puede considerarse que tal ablación de posibilidades reales de defensa se considere salvada por la posibilidad del particular de impugnar judicialmente el acto administrativo. El diseño de la norma viola la garantía de acceso a la justicia, establecida en el art. 12 de la Constitución de la Ciudad y en el art. 25.1 del Pacto Americano sobre Derechos Humanos; pues no basta que el sujeto contra el que se dirige la acción haya sido citado en sede administrativa o que pueda impugnar el acto en sede judicial, el trámite del proceso debe asegurarle la oportunidad de acceder a ser oído por el magistrado y a plantear ante él todas las defensas, admisibles y pertinentes, de las que pudiere valerse frente a la pretensión de la administración”.

En el año 2007 la Legislatura de la Ciudad, por iniciativa de la diputada Ivana Centanaro sancionó la ley 2555 (BOCBA 28282, del 10/12/2007) mediante la cual modificó el párr. 2º del art. 463, es decir, el trámite judicial allí contemplado. En lo que a ello se refiere, la norma, actualmente,

establece: “La autoridad administrativa puede requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupantes. En tal caso, el Tribunal, previa acreditación de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, corre traslado por diez (10) días perentorios a la parte demandada. Vencido este término, el Tribunal, cumplidas las medidas para mejor proveer que pueda haber dispuesto, llama autos para sentencia, la que debe dictarse dentro de los cuarenta (40) días”.

Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta las razones dadas por la diputada Ivana Centanaro al momento de presentar su proyecto de modificación legal. En dicha oportunidad sostuvo que “el precitado art. 463 tiene como fin asegurar de una manera rápida la desocupación de los bienes del dominio privado del Estado en los casos previstos, y si bien es cierto que la norma mencionada se limita a establecer un procedimiento expedito para obtener el desalojo de los inmuebles de propiedad del Estado, no lo es menos que el establecimiento de este procedimiento inaudita parte, ante un supuesto en el que la administración ejerce sus potestades sobre bienes de dominio privado del estado, no resiste el análisis de razonabilidad, puesto que hay una clara desproporción entre la prerrogativa adjetiva otorgada por la ley al estado y el bien jurídico tutelado, resultando, por tanto, el art. 463, violatorio de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio prevista en el art. 13, inc. 3° de la CCBA. En efecto, la citada disposición legal prevé una acción de lanzamiento inaudita parte, que excluye la participación del que fuera adjudicatario del inmueble cuya desocupación se pretende. La negación de la intervención de aquel en un proceso judicial, en calidad de parte y con derecho a ser oído y producir pruebas, se presenta como un desconocimiento del derecho de defensa en juicio consagrado por los arts. 18 C.N. y 13 inc. 3° de la CCBA”.

Además, luego de citar las normas de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que consagran el

derecho de defensa en juicio, enfatizó que “la garantía del debido proceso implica el derecho de toda persona a ser oída, de producir prueba, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. Esta garantía no puede verse satisfecha con la posibilidad de actuar en sede administrativa, toda vez que no se trata de una instancia ante un órgano imparcial e independiente, no ofrece las garantías propias del sistema judicial, máxime considerando que la ley de procedimientos administrativos no prevé como obligatorio el patrocinio letrado para asistir al administrado (conf. art. 22, inc. f 1). El art. 463, además de no constituir una regulación razonable del derecho de defensa en juicio, deniega de plano la intervención del demandado con anterioridad al dictado de la sentencia que ordena el desalojo. De ese modo, no solo infringe la garantía del debido proceso, sino que además restringe la potestad del juzgador de evaluar la procedencia de las pretensiones traídas a su conocimiento valorando los hechos y el derecho aplicable, en razón de esa misma imposibilidad de atender a las razones que una de las partes podría esgrimir”.

Visto lo anterior, aparece como sobre abundante explayarse acerca de la diferencia en la tramitación de la desocupación introducida a través de la reforma a fin de adaptar el Código a las directivas constitucionales. El hecho de otorgar traslado por diez días, por un lado otorga al juez mayores elementos de análisis y prueba para formar su convicción respecto de la procedencia de la medida y, por otro, garantiza el derecho de defensa y amplía las posibilidades de que los intervinientes arriben a una solución que prescinda del uso de la fuerza, a más de ser contemplativa de las particularidades del caso.

No obstante ello, vale destacar que desde el ámbito de la Defensoría General de la Ciudad se ha generado un proyecto a fin de impulsar la reforma legislativa de

la norma, como también del art. 335 del CPPCABA, con el objetivo de establecer mecanismos procesales que aseguren que, al momento de decidirse judicialmente la desocupación de un inmueble de propiedad del Gobierno, el magistrado interviniente tenga en consideración la particular situación de las personas desalojadas y, en caso de que se trate de familias que —de concretarse la medida quedaría en “situación de calle”— el Gobierno se vea compelido a arbitrar los medios necesarios para proveerles una alternativa habitacional razonable (http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/1946_Opinion%20defensor%20general.pdf).

7.2. Las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el orden nacional, el proceso civil de desalojo se encuentra reglado en los arts. 679 a 688 del CPCCN. En lo que aquí me interesa destacar, se dispone que la restitución del inmueble puede ser dispuesta *en cualquier momento luego de trabada la litis*.

Es decir, con posterioridad a un acto formal mediante el cual se le comunica al demandado la existencia y las características del proceso de desalojo, otorgándole la posibilidad de efectuar los planteos que estime corresponder a los efectos de hacer valer sus derechos. Además impone al solicitante de la medida el deber de acreditar verosimilitud en el derecho invocado y de prestar caución.

Textualmente, el art. 680 bis del CPCCN establece “En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar”.

También es dable destacar que —respecto de quienes no tuvieron título legítimo para la ocupación del inmueble— el plazo para el lanzamiento será de cinco

días desde notificada la sentencia del juicio (conf. art. 686).

Por su parte, el art. 242 del CPCCN declara inaplicable a los desalojos las disposiciones que rigen en materia de inaplicabilidad por el monto, consagrando así la posibilidad de interponer recurso en cualquier caso contra la sentencia de fondo.

7.3. El sistema del Código Procesal Penal de la Nación. El art. 238 bis del CPPN

El art. 238 bis del CPPN dispone: “En las causas por infracción al art. 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario”.

En cuanto a la naturaleza de la medida allí contemplada, cabe destacar que la mayoría de los autores concuerdan en que se trata de una medida cautelar (ver en este sentido, entre otros, D’ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, t. I, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 533/534; HORNOS, Roberto E.: “El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados”, *LL*, 2001-E, 936; NAVARRO, Guillermo R., y DARAY, Roberto R.: *Código Procesal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 598, 599).

Sin embargo, existen dos líneas interpretativas en lo que respecta al momento procesal en el cual puede ser decidida la restitución provisoria. Cierta sector de la jurisprudencia sostiene que es necesario haber cumplido con el llamado a indagatoria, mientras que para otro, ello no resulta una exigencia que se encuentre contemplada por la pauta jurídica. Para los autores enrolados en esta última postura la frase “en cualquier estado del proceso” debe ser entendida en sentido amplio e

implica la facultad del juez de ordenar la restitución desde el comienzo de la causa, aún antes de haber citado a los presuntos autores del delito.

En la primera línea argumental, se ha enrolado, por ejemplo, la Sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, tribunal que ha sostenido que “el art. 238 bis del CPPN autoriza a los jueces a decidir el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble en cualquier estado del proceso, siempre que se haya convocado a los imputados en indagatoria, aunque sin que se requiera que hayan concretado el descargo pertinente, marco en el cual también pueden negarse a declarar” (CNCrim. y Correc., Sala VII, *in re* “Quiroga, Norma B”, del 9/11/2007, Causa 32.945). Otros tribunales también se han pronunciado en este sentido. Así, se ha dicho que “si no media convocatoria en los términos del art.294 del Cód. Proc. Penal de la Nación, deviene prematura la entrega del inmueble fundada en el art.238 bis, pues se requiere, cuanto menos, la sospecha de que quien habita el inmueble participó de la comisión del hecho delictivo aquí investigado (CNCrim. y Corr., Sala VI, 1º/8/2005, “Gómez, Silvia C”, c. 26.979; ídem, Sala IV, 25/6/2001, “Chorolque, María R”, c.16.343 y Sala VI, 24/8/2007 “Cincunegui, Juan”, c. 32.791).

Paralelamente, la Sala V de la misma Cámara otorga un alcance distinto a esta norma procesal. Así, considera que “el art. 238 bis del Código de forma no exige, para su procedencia, la previa existencia de declaración indagatoria por parte del imputado. Solo reclama la imputación por el delito de usurpación, el pedido del damnificado, la verosimilitud del derecho y, como toda medida cautelar —de eso, en rigor de verdad, se trata— el peligro en la demora” (CNCrim. y Correc., Sala V, 16/7/2007 “Ocupantes del inmueble sito en la calle Sarandí 1264/66”, Causa 32.429).

En esta tesitura también se enrola el Dr. Hornos, quien entiende que la oportunidad para el dictado de la medida “debe

ser tomada con un sentido amplio, abarcativa de la totalidad de una causa penal, a partir de su inicio y hasta su finalización”. En su opinión, la restitución puede ser ordenada en cualquier ocasión desde del inicio de la etapa instructoria hasta el cierre del debate y para decidir su procedencia debe ponderarse solo la verosimilitud en el derecho. Además, sostiene que “la medida precautoria incorporada al proceso penal podría dictarse sin que el requirente preste contracautela” (art.399 CPPN) (HORNOS, Roberto E.: “El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados”, *LL*, 2001-E, 941). Por su parte, D’Albora considera que no obstante no especificar la necesidad de que se configure el peligro en la demora, corresponde su evaluación en razón de la naturaleza de la medida y por ser inherente al trámite de toda medida cautelar (D’ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, t. I, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 533/534).

7.4. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El máximo tribunal de justicia de la Nación se ha expedido en torno a las características que deben presentar las decisiones concernientes a los bienes involucrados en el delito de usurpación (art.181 del Código Penal de la Nación) en los autos “Fiscal c/Vila, Nicolás y Otros s/Recurso de hecho” (CSJN, sent. del 10 de octubre de 1996). El caso sometido a su pronunciamiento tuvo lugar en la Provincia de Mendoza. Allí el juez de primera instancia dictó una *medida cautelar innovativa* mediante la cual ordenó levantar los alambrados de un predio ganadero con la finalidad de evitar que se siguieran produciendo los efectos del delito de usurpación. Es de destacar que en el antecedente, la restitución fue ordenada *como consecuencia de haberse dictado el auto de procesamiento y prisión preventiva contra el imputado*.

En primer lugar, la Corte admitió la queja interpuesta por considerar que, dada

la magnitud de sus efectos, la decisión era equiparable a una sentencia definitiva.

Con relación a las pautas que deben regir la decisión, se sostuvo que “en razón del respeto a la libertad individual y a la libre disposición de los bienes de quien goza de una presunción de inocencia por no haberse dictado sentencia condenatoria, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar personal o real que se otorgan al juez de instrucción deben adoptarse con la mayor mesura que el caso exija, respetándose fundamentalmente el carácter provisional de la medida y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer —con sacrificio provisorio del interés individual— el interés público impuesto para evitar —en ciertos casos— que el presunto delito siga produciendo sus efectos dañosos”.

Además, especificó la necesidad de que el juez evalúe la procedencia de la medida de acuerdo con los argumentos expuestos por el destinatario de la coerción, para determinar su carácter y la trascendencia de sus efectos. En tal sentido, criticó la falta de consideración del magistrado de grado e indicó que su “...debido análisis lo habría advertido de la necesidad de determinar la indispensabilidad de la medida impuesta en relación a las concretas circunstancias de la causa, como así también valorar si tal medida revestía —en cuanto a sus efectos y alcances— el carácter de provisorio”.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema exige que el juez que adopte la decisión con mesura, fija como parámetro que la imposición de la medida —cuyo carácter provisorio enfatiza— “sea indispensable y necesaria” y requiere que se tengan en cuenta los planteos del imputado, lo cual —evidentemente— supone oírlo, para determinar cuáles son las concretas circunstancias de la causa y el impacto que generará.

7.5. La reseña de las previsiones efectuadas por los ordenamientos citados —más allá de las especiales características y plazos adoptados— arroja, en lo que

aquí me interesa poner de relieve, un criterio mayoritario que contempla la intervención de los afectados con carácter previo a la toma de decisión por parte del juez.

En casi todos estos supuestos —aunque con variado alcance— es requisito indispensable la citación de quien ha sido denunciado como ocupante ilegítimo, a fin de otorgarle un mínimo de intervención que le garantice la posibilidad de tomar conocimiento de las características de la causa, de los hechos denunciados, el control de la prueba y la oportunidad de ofrecer la propia, como también de brindar las explicaciones que estime corresponder o plantear las defensas que le asistan. Entiendo que la finalidad de ello no es otra que garantizar la vigencia de los derechos constitucionales de todos los involucrados en el marco de un debido proceso y del aseguramiento de la tutela judicial del conjunto de las partes involucradas.

VI. *El enfoque general para la solución del caso: la ponderación de los valores en juego y la fijación de estándares mínimos para una aplicación constitucionalmente regular*

8. Considero oportuno, luego de las consideraciones precedentes, recordar aquí el texto del art. 335, así como su ubicación en la regulación procesal.

El art. 335 forma parte del Capítulo 3 (“Destino de los objetos secuestrados”) del Título III (“Ejecución civil”) del Libro V (“Ejecución”) del código procesal.

Dicho Libro se inicia con un Título I de “disposiciones generales” compuesto por un capítulo único que contiene dos artículos, que son los siguientes: *a)* art. 308: “Las resoluciones y sentencias judiciales serán ejecutadas por el Tribunal que las dictó en primera instancia, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y harán las comunicaciones dispuestas por la ley”, y *b)* art. 309: “Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el/la Fiscal, el/la condenado/a o su

defensor/a. Contra las decisiones procederán los recursos de reposición y apelación”

El art. 335 está compuesto por cuatro párrafos. Los tres primeros se refieren a las cosas secuestradas y el cuarto regula la desocupación de inmuebles. En concreto dispone:

“Las cosas secuestradas que no estuvieran sujetas a decomiso, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron o a quien acredite mejor título de dominio conforme el Código Civil.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva o la obligación de poner las cosas a disposición de quien corresponda.

Las cosas secuestradas de propiedad del/la condenado/a podrán ser retenidas en garantía de los gastos y costas del proceso y de las responsabilidades pecuniarias impuestas.

En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

A fin de apreciar el conjunto de la regulación procesal cabe también tener presente el art. 336, contiguo al que examinamos, en cuanto dispone que “Si se suscitare controversia sobre la restitución de las cosas secuestradas o la forma de restitución, el Tribunal a cargo de la ejecución formará incidente y correrá traslado a los/ las interesados/as por tres (3) días. Resolverá dentro de los cinco (5) días por auto, que será apelable”

9. Como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual deber ser considerado como ratio final del orden jurídico, un supuesto que debe ser reservado para aquellos casos

en los cuales el ordenamiento no provea una interpretación razonable acorde con los principios, derechos y garantías consagrados en nuestro sistema constitucional.

Paralelamente hay que tener en cuenta que las decisiones judiciales tienen que tener en cuenta las consecuencias que se derivan de ellas como un factor más en la tarea de buscar la solución justa teniendo en cuenta tanto los valores en juego como el contexto en el cual la resolución incide.

10.1. Lo dispuesto por el art. 335 configura, a mi entender, un típico caso límite desde una óptica constitucional. Un primer análisis superficial muestra dos cualidades del referido artículo. Primero, lo genérico de su redacción, de forma que el legislador crea una potestad jurídica con escasos recaudos explícitamente expresados. Segundo, que hay una desproporción en la tutela de un bien jurídico (los derechos reales sobre un bien —propiedad, posesión y tenencia— conf. BAIGÚN, D., y ZAFFARONI, E.: *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp.732 y ss.) con respecto a la protección de los otros valores que también están presentes en nuestro ordenamiento constitucional, más precisamente: el debido proceso y, de darse el caso, los derechos sociales de los afectados.

Considero que esa desproporción, así como las objeciones que efectúa la Defensa, pueden ser remediadas a través de una lectura adecuada y sistematizadora del Código Procesal sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad.

Es decir, es preciso realizar un balance entre todos los valores e intereses en juego a fin de fijar los estándares mínimos que den lugar a una aplicación constitucionalmente regular del art. 335, teniendo a su vez en cuenta el propio marco normativo que expresamente consagra el Código Procesal.

El camino hermenéutico a seguir consiste en otorgarle precisión a la cláusula legal a través de la explicitación de reglas

mínimas para aplicarla, sin perjuicio de las facultades de los jueces de mérito para ejercer su competencia tanto sobre los hechos y circunstancias del caso como sobre el derecho, ello a partir del encuadramiento jurídico-constitucional mínimo efectuado por este tribunal. Señalo esto pues puede haber situaciones singulares que exijan del juez, a fin de asegurar los valores en juego ponderados en el caso concreto, seguir un curso de acción diferente, en cuyo caso habrá de justificarse debidamente dicha situación.

10.2. Los valores y principios que hay que ponderar adecuadamente para garantizar la aplicación constitucional del art. 335 son, por un lado, el derecho de propiedad (art. 17, C.N. y art. 10, CCBA), que es el protegido penalmente por la cláusula bajo examen y, por otro, el debido proceso y los derechos sociales de los afectados en la medida que el caso revele una problemática social.

En cuanto al debido proceso hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. 13, inc. 3º, CCBA según el cual en nuestra ciudad “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 acustatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad”. Dichas garantías se encuentran a su vez especificadas en el propio código proesal penal, que, entre otras cláusulas contiene las siguientes, relevantes para la comprensión del caso: “Este Código deberá interpretarse como un reglamento de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente” (art. 1º, “Interpretación”); “Toda persona imputada es inocente hasta que se establezca legalmente su culpa-

bilidad” (art. 2º, párr. 2º, “Inocencia”); “A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo las fuerzas de seguridad, el/la fiscal y el/la juez/a, según la circunstancia, informarle de inmediato y de modo comprensible los derechos de: 1) conocer la causa o motivo de su detención y el funcionario que la ordenó. 2) guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad; 3) designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su detención y que el aviso se haga en forma inmediata. Si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido; 4) ser asistido desde el primer acto del procedimiento judicial por el defensor que proponga él / ella o una persona de su confianza o por un defensor público, con quien deberá entrevistarse en condiciones que aseguren confidencialidad en forma previa a la realización del acto de que se trate; 5) presentarse ante el/la fiscal o el/la juez/a, para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan, dentro de las veinticuatro (24) horas si estuviera detenido/a y declarar cuantas veces quiera. Cada vez que manifieste su deseo de declarar, se le hará saber que podrá hacerlo con la presencia de su defensor; 6) no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad; 7) que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el/la juez o el/la fiscal; y 8) acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, según las previsiones de este Código. En todos los casos deberá dejarse constancia del cumplimiento del deber de información de los derechos establecidos en este artículo” (art. 28. “Derecho de defensa”); “El/la imputado/a tendrá derecho a hacerse defender por abogado/a de la matrícula de su

confianza o por un/a defensor/a público/a. Podrá designar defensor/a aún estando privado de libertad y por cualquier medio. Si el/la imputado/a que estuviera a derecho no designara defensor o pretendiera defenderse personalmente, el/la Fiscal o el/la Juez/a podrán disponer que sea asistido por el/la defensor/a público/a para evitar que se perjudique la eficacia de la defensa o la normal sustanciación del proceso. El/la Fiscal al momento de notificarlo/ del decreto de determinación de los hechos o cuando fuere necesario para la realización de un acto definitivo o irreproducible, lo/a invitará a que elija defensor/a dentro de un plazo no mayor a tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio un/a defensor/a oficial. El/la defensor/a oficial solo interviene en la causa cuando sea designado/a expresamente por el/la imputado/a o en las circunstancias previstas en este artículo. Cuando intervengan dos (2) o más defensores / as de una persona, la notificación hecha a uno de ellos resultará válida para los demás y la sustitución de uno por otro no alterará trámites ni plazos” (art. 29, “Derecho de designar defensor. Designación de oficio. Representación”).

En cuanto a los derechos sociales cabe remitirse a los contenidos en las disposiciones incluidas en el Título Segundo “Políticas especiales” de nuestra Constitución porteña, de acuerdo a la visión general del art. 17, que justamente encabeza como disposición común el referido título segundo y según el cual “la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos”.

De acuerdo al conjunto de estos valores, principios y garantías, tanto sustantivos como procesales, la aplicación del art. 335 debe asegurar, como estándar mínimo, lo siguiente, en conjunción con el derecho de propiedad:

- a) el derecho de defensa, de manera que los afectados tengan oportunidad de expresar su punto de

vista en el ámbito judicial antes del acto de desposesión, con intervención de una defensa técnica, ello bajo la modalidad particular que el juez disponga, y

- b) los derechos sociales de los afectados, siempre que el caso revele una problemática social.

A continuación efectúo un análisis del art. 335 *in fine* desarrollando los criterios constitucionales mencionados en los incisos precedentes.

VII. *La configuración jurídica de la desocupación en el contexto del Código Procesal Penal de la Ciudad y el debido proceso*

II. Dos vías posibles de interpretación

La apertura lingüístico-conceptual de la desocupación tal como es esta plasmada en el código procesal hace posible más de una lectura.

Según mi óptica hay dos vías razonables y posibles en el marco regulativo general del propio código procesal penal entendido de forma sistemática y que consisten en encuadrar a la desocupación: a) como una medida cautelar, b) como una medida *sui generis* en el marco del sector del código en el cual se inserta.

Veamos cada una de esas opciones, desde la óptica general de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 13 inc. 3º, Constitución de la Ciudad) y de los principios generales contenidos en el Código Procesal Penal, antes mencionados.

II.1. La calificación de la desocupación como medida cautelar

Calificar a la desocupación como una medida cautelar es la manera habitual de enfocar a la previsión jurídica en análisis (ver en este sentido, entre otros, CPCyF, Sala II c.43.524-00-CC/2008, “Tubio, Pablo Martín s/infr. art. 181, inc. 1º, C.P.Apelación” del 08-04-2009; CPCyF, Sala I, c.21.954-01/2008 “N.N (Virrey Liniers 192) del 12/11/2008; Sala III, c.17.685-00/2009 “Camacho, Jorge Luis

y otros s/infr.art.181, inc.1, C.P.”, del 4 de febrero de 2010; ver asimismo, con relación al art. 238 *bis* del CPPN: D’ALBORA: ob. cit.; HORNOS: ob. cit.; NAVARRO-DARAY: ob. cit.;). Se trata, en efecto y tal como lo establece la norma, de una decisión que se adopta de modo provisional.

La pauta cuestionada en estos autos no involucra la ejecución de una condena, ni tiene por objeto reglar qué sucederá luego de la sentencia con un inmueble objeto del delito de usurpación; se adopta por lo general con carácter previo a la sentencia de mérito. Sin embargo, para su procedencia, en el artículo solo se prevé la necesidad del pedido por parte del damnificado, la evaluación de la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad de fijar una caución si se lo considerare necesario.

Ahora bien, y ante todo, la falta de mención de la necesidad de que se configure peligro en la demora no implica, de modo alguno, que ello no sea una exigencia para el otorgamiento de la medida. Tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decisiones de una entidad tal requieren la demostración de su indispensabilidad. Ello supone demostrar su urgencia y la imposibilidad de que el derecho del damnificado sea resguardado de otro modo. Esta exigencia surge de la totalidad del ordenamiento, de una interpretación integral de las disposiciones en juego y del propio sentido jurídico de las medidas cautelares, que poseen características genéricas y básicas más allá de las finalidades concretas que ellas cumplen en la regulación procesal de cada sector sustantivo del derecho positivo (derecho administrativo, derecho tributario, derecho penal).

Considerada, entonces, como una medida cautelar típica, corresponde estar, en virtud de una interpretación sistemática del derecho, a las reglas generales establecidas en el Libro Segundo, Título V *del propio código procesal penal de la Ciudad*. Allí se encuentra reglado lo atinente a la procedencia y particularidades de las

medidas precautorias. En todos los casos estipulados se prevé que quien vaya a ser objeto de la medida restrictiva o coercitiva —al menos— cuente con la posibilidad de tomar conocimiento del proceso instaurado con asistencia de su defensa. El código de rito establece expresamente los principios de bilateralidad y oralidad para la adopción de una decisión de carácter provisional y coactiva. Al comentar los diversos modos en que se encuentra regulada la procedencia de las medidas cautelares en el marco de un proceso penal, señala Maier que “la principal innovación de los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires está representada por la audiencia oral y pública (debate sobre el particular) que precede a cualquier decisión sobre privación de libertad procesal, medidas de reemplazo o condiciones de liberación y, en general, a toda medida cautelar” (MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. III. Parte General. Actos procesales, Editores del Puerto, Bs. As., 2011, págs.427 y 428, con cita a los arts. 172, 173 y 177 del CPPCABA).

No se me escapa que ciertas medidas adoptadas en el marco de una investigación penal no requieren audiencia del destinatario de la coerción y restricción de sus derechos sin que ocurra sentencia sobre la comisión del delito. Aún más, frustrarían su finalidad en caso de que este tomara conocimiento. Ello sucede en medidas destinadas a obtener elementos para la investigación —como el allanamiento y requisa—; pero claramente la restitución contemplada por el art. 335 no posee el objeto de contar con elementos de prueba, sino decidir provisoriamente acerca del derecho de los involucrados en el caso sobre el inmueble. Conforme los argumentos que daré a continuación, y salvo el caso de flagrancia o de aquellos casos que justificada y fundadamente disponga el juez por circunstancias singulares del caso, considero necesaria, de seguirse esta primera opción hermenéutica que estamos considerando, la citación a audiencia de los afectados

como requisito previo para el dictado de la resolución cautelar, toda vez que ello surge de la interpretación integral de las normas procesales positivas locales, no frustra la finalidad de la medida y resguarda los derechos de las involucrados.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento consagra el carácter *excepcional* de las medidas coercitivas previas al dictado de la sentencia y dispone que las únicas que se pueden adoptar son las previstas en el Código (conf. art.169). Luego, entre los arts. 170 y 173 se contempla el supuesto de la detención y prisión preventiva. Para arribar a tal decisión el Fiscal tiene la obligación de intimar al imputado por el hecho y resolver con conformidad con la defensa, o solicitar audiencia para que el Tribunal resuelva la prisión preventiva (conf. art.172). Según lo dispuesto por el art. 173, “El Tribunal deberá fijar la audiencia prevista en el artículo precedente dentro de las veinticuatro (24) hs. y resolverá sobre la prisión preventiva u otra restricción a la libertad, excarcelación bajo caución o libertad irrestricta u otra medida cautelar, previo escuchar al/la Fiscal y a la defensa. Para dictar la prisión preventiva deberá haberse notificado al/la imputado/a el decreto de determinación de los hechos y reunido elementos de convicción suficientes para sostener, provisoriamente, la materialidad del hecho, que el/la imputado/a resulte con probabilidad su autor o participe y que existe peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Si alguna de las partes quisiera presentar pruebas documentales o testimoniales deberá concurrir con ellas a la audiencia y el Tribunal resolverá sobre su procedencia sin más trámite ni recurso. El Tribunal luego de escuchar al/la Fiscal y a la defensa resolverá de inmediato, por auto, que será apelable dentro del tercer día. De todo lo actuado se dejará constancia en acta y se registrará por grabación, filmación u otro medio idóneo. La decisión será apelable sin efecto suspensivo dentro del tercer día y podrá ser revocada

de oficio o a pedido de parte en cualquier momento del proceso”.

El art. 174 enumera otras medidas de coerción para el caso de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación y el 175 establece para el juez el deber de imponer al imputado aquella que sea menos gravosa.

De conformidad con los arts. 176 y 177 para decidir sobre el embargo para garantizar las costas del proceso y, en su caso, la cobertura de los daños del delito, el juez también debe convocar a audiencia. La dispone en oportunidad de dictar la prisión preventiva u otra medida coercitiva o bien como consecuencia del pedido de audiencia que deben solicitar el Fiscal o la querrela si pretenden la imposición de otra medida. El Tribunal deberá celebrarla “dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, prorrogables por otras veinticuatro (24) horas si no pudiese por causas fundadas y no existiere grave riesgo para las personas o bienes por la demora, y después de escuchar al/la Fiscal, a la querrela si la hubiere y a la defensa, resolverá sin más trámite”.

Considero que una interpretación integradora del ordenamiento ritual bajo la óptica de nuestra Constitución porteña impone el deber de adoptar la decisión de la medida cautelar contemplada por el art. 335 de acuerdo con las previsiones que se contemplan en Libro Segundo, Título V para la adopción de medidas precautorias coercitivas, es decir, haber citado a audiencia en los términos previstos por los arts. 172 y 173 del CPCCBA. Tal extremo no se encuentra cumplido en el caso bajo examen.

La circunstancia de que la restitución se encuentre ubicada fuera del capítulo en cuestión no modifica su estructura técnico-jurídica ni el hecho de que deba ser decidida de conformidad con los parámetros que la ley establece para las de su tipo. El análisis de las normas jurídicas debe ser efectuado considerando al sistema como un conjunto, dentro del cual cada

una de las disposiciones debe ser interpretada teniendo en cuenta el contenido de las demás. Esta solución es congruente con la protección del derecho de defensa en juicio, debido proceso y conlleva un curso de acción judicial más beneficioso para el destinatario de la medida, que —debe resaltarse— se encuentra alcanzado por el principio de inocencia en toda su extensión.

Además, en estos casos, por exigencia del propio art. 335 y de los principios generales que rigen la procedencia de las medidas cautelares, corresponde evaluar la imposición de la contracautela. Vale recordar que la finalidad de dicho instituto reside en asegurar a aquel destinatario de una imposición jurídica cautelar la efectividad del resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasionará aquella si es trabada sin razón. Su consideración debe ser objeto de todo pronunciamiento cautelar, sin perjuicio de cuál sea la determinación en cuanto a su procedencia, alcance y cuantía que el juzgador entienda que corresponda de acuerdo con las circunstancias particulares que concurran en el pleito.

Cabe señalar, adicionalmente, que en el caso de las medidas cautelares el código procesal estipula una regla particular en lo relativo a la apelación. De acuerdo al art. 177, último párrafo: “La resolución será apelable sin efecto suspensivo dentro del tercer día...”.

11.2. La desocupación como una medida sui generis que habitualmente en los hechos agota el proceso y entendida en el marco del sector del código en el cual se inserta

Vista desde otro ángulo, la institución en el art. 335 presenta matices muy particulares en cuanto a las condiciones concretas en las que habitualmente tiene lugar.

Se trata de una resolución provisoria que involucra una decisión en torno al derecho de posesión o tenencia sobre un inmueble, que es adoptada en el marco de la investigación del delito de usurpación y

sin que sea necesario, según el texto legal, iniciar el propio proceso penal.

Esto significa que resulte habitual que la restitución del inmueble adquiera en la realidad de los hechos el carácter de *una medida autosatisfactiva*, pues con su dictado se agota el proceso. Es claro que una decisión, en tanto implica un acto coercitivo que da por concluida la cuestión, no puede ser adoptada *inaudita parte*.

En aquellos casos en los que la restitución del inmueble dé por agotado el proceso, pues no queden cuestiones pendientes de decisión judicial luego de cumplido el reintegro en lo que a ello se refiere, el trámite aquí en estudio presentaría entonces la naturaleza de una *medida autosatisfactiva dictada inaudita parte*. Tal como lo he sostenido en mi condición de miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, estas se caracterizan por ser procesos urgentes formulados ante un órgano jurisdiccional que se agotan con su resolución, presentan evidencia en el derecho invocado y peligro en su frustración. Por lo demás, su rasgo primordial es la existencia de una situación urgente que no requiere para su resolución definitiva la promoción de una acción principal. Es justamente este aspecto el que define su carácter *nítidamente excepcional*. Una decisión de tal clase, en tanto implica la extinción del objeto sometido a decisión judicial, requiere, salvo situaciones de extrema urgencia (provisión de medicamentos y otras cuestiones de salud que no admitan ningún tipo de demora) de la necesaria intervención del destinatario o afectado por la medida (que en el caso del proceso contencioso es el Gobierno de la Ciudad). Constituiría una clara violación del derecho de defensa y del debido proceso resolver una cuestión que da por finalizado el proceso sin dar *ninguna* oportunidad de defensa previa por parte de la parte afectada.

Y esta intervención del afectado está prevista por el propio ordenamiento proce-

sal penal en la medida en que se interprete el art. 335 en concordancia con su artículo siguiente, art. 336, leídos ambos de manera armónica como regulaciones contenidas en un mismo sector del código procesal.

De acuerdo a dicho artículo: “Si se suscitare controversia sobre la restitución de las cosas secuestradas o la forma de restitución, el tribunal a cargo de la ejecución formará incidente y correrá traslado a los/ las interesados/as por tres (3) días. Resolverá dentro de los cinco (5) días por auto, que será apelable.

El hecho de que el código prevea la posibilidad de *controversia* —noción que se define por el desacuerdo entre partes— supone la existencia de diversos sujetos, lo cual refuerza la conclusión que impone la citación de los afectados por la medida y su asistencia técnica por un defensor. Por lo demás, si se tiene en cuenta que —de acuerdo con el protocolo que rige su actuación— el fiscal debe efectuar la solicitud ante el juez luego de fracasado el proceso de composición y restitución consensuada, no existen dudas de que la controversia, en el sentido sustancial del término, ya se encuentra configurada. Es cierto que no corresponde al juez evaluar si el Fiscal se ha conducido de conformidad por lo dispuesto por el Fiscal General. No obstante ello, es claro que si el Fiscal llevó a cabo tal procedimiento, el juez cuenta con elementos que dan testimonio de la falta de acuerdo del presunto habitante ilegítimo.

Cabe señalar, que interpretada de esta forma, resulta aplicable la regla general sobre los recursos contenida en el código en su art. 270: “Las resoluciones judiciales no serán ejecutadas durante el término para recurrir, ni durante la tramitación del recurso, en su caso, salvo disposición expresa en contrario, o que se hubiera ordenado la libertad del/la imputado/a...”

11.3. En estas actuaciones existen constancias de la falta de acuerdo entre las partes respecto de la cuestión traída a debate, no meramente de la “forma de restitución”. No se me escapan que los indi-

cios sobre la comisión del delito de usurpación y la verosimilitud del derecho son cuestiones a tener en cuenta. Sin embargo, también corresponde ponderar que los presuntos ocupantes —que, vale reiterar, se encuentran amparados por el principio de inocencia que exige una sentencia judicial para valorar su conducta como contraria a derecho— han aducido ante el Fiscal la legitimidad de su ocupación. Ahora bien, las afectadas por la decisión —Romina y Natalia Monsalvo— no han tenido la posibilidad de ser asistidas por una defensa técnica. A fin de que no resulte lesiva de sus derechos constitucionales, el ejercicio de la coerción estatal sobre una persona cuya conducta no ha sido declarada como delito debe reservarse para casos extremos y exige que el destinatario de la restricción cuente con oportunidad de ser oído y ser asistido por un abogado.

Debo destacar que la solución aquí propiciada, en torno a la obligatoriedad de la realización de una audiencia (si se enfoca el asunto como medida cautelar) o de correr traslado (si se enfoca el asunto como autosatisfactiva y es aplicable el art. 336), además de ser acorde a los principios constitucionales involucrados de los afectados, también guarda equilibrio con la debida protección que corresponde otorgar al supuesto damnificado pues, en los términos *prácticos* a ser evaluados desde la óptica del factor *tiempo*, no implica dilación significativa del proceso restitutivo del inmueble.

El proceso que tiene como resultado la restitución de un inmueble presuntamente usurpado a su titular legítimo no es, en los hechos, de resolución inmediata ni automático. Desde el momento en el cual el Fiscal recibe la denuncia —de conformidad con el protocolo que rige su actuación y estipula los actos que debe llevar a cabo— transcurren varios días. Además, debe destacarse que —en esto coinciden todos los operadores de justicia que se han pronunciado sobre la cuestión— el objetivo primordial es posibilitar la resolución

del conflicto de una manera consensuada que minimice el ejercicio de la coerción, de acuerdo con los principios constitucional y procesales que así lo disponen.

Ello así, entiendo que una interpretación armónica del sistema procesal vigente y de los principios constitucionales en juego es aquella en la que se considere a la restitución prevista por el art. 335 del CPCC *a)* como una medida cautelar que debe ser resuelta previa evaluación de *la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, con audiencia previa de los afectados y con imposición de la contracautelar que el juez estime corresponder, o b)* como una decisión autosatisfactiva, que además de los recaudos previstos en el art. 335 requiere de un traslado, tal como expresamente está previsto en el art. 336. En este último caso, por lo demás, nada impide que el juez, si así lo considere necesario, reemplace el traslado escrito por una audiencia, conforme la ideología jurídico-política general que informa al código procesal. Tal solución asegura el efectivo resguardo de la garantía del derecho de defensa en juicio y del debido proceso y su incidencia práctica con respecto al derecho de propiedad del damnificado es en los hechos insignificante, dado el contexto que revela el propio protocolo del Ministerio Público Fiscal.

En el caso bajo estudio han sido analizados la verosimilitud en el derecho invocado, el peligro en la demora y la procedencia de la contracautela. No obstante ello no se ha escuchado a los afectados del desalojo a través de una defensa técnica, pese a que de la causa surge que se trata de un caso que presenta controversia, que el inmueble se encuentra habitado por personas distintas al presunto autor del delito de usurpación y que hay menores de edad involucrados en la cuestión. Ello así, de acuerdo con la interpretación propiciada, corresponde revocar la sentencia de grado en cuanto ha omitido asegurar el derecho de defensa a través de alguna de las formas previstas por el propio código procesal.

11.4. Cabe advertir que la solución aquí propiciada implica:

- a) no declarar la inconstitucionalidad del art. 335;
- b) asegurar las finalidades sustantivas y constitucionales indicadas por la Defensa, esto es: respeto del derecho de defensa en su pluralidad de facetas;
- c) interpretar al art. 335 de acuerdo a dos vías de lectura que, en ambos casos, conducen a aplicar soluciones ya contenidas en el propio código procesal. Es decir: previstas de forma explícita por el legislador;
- d) equilibrar de forma justa los derechos de todas las partes involucradas sin afectar el sentido práctico de la institución (reestablecer el derecho real afectado).

11.5. A lo dicho cabe agregar que la distinción analítica antes efectuada no solo no es tajante sino que, en definitiva, implica subsumir a la figura legislada en dos técnicas estrechamente afines, vinculadas a la tutela urgente de una situación jurídica. De ahí, a mi entender, la existencia de interpretaciones de nuestro propio fuero penal en las cuales se aplican, de forma conjunta, las diferentes reglas procesales aquí distinguidas.

Así es el caso de la posición sostenida por la Dra. Silvina Manes en la Cámara del fuero al argumentar de la siguiente forma: “En primer lugar, cabe recordar que, como toda medida cautelar, la viabilidad del lanzamiento y restitución de un inmueble en un supuesto de usurpación, depende de la verosimilitud en el derecho de quien se presente como damnificado (art. 335 *in fine*, CPPCABA), el peligro en la demora, además de la necesidad de su jurisdiccionalidad. Por otra parte, en materia de medidas cautelares, el legislador ha dispuesto la bilateralidad y la oralidad (arts. 173 y 177, CPP) en el trámite respectivo (...) Debemos interpretar el art. 335 del CPPCABA en forma sistemática

con las normas referidas, como asimismo en concordancia con el siguiente artículo (336, CPP), que detalla el procedimiento que debe llevarse a cabo en los casos en que se suscite controversia sobre la restitución del bien, como ocurre en el caso de autos y en la generalidad de los procesos por usurpación de inmuebles. Esto es, correr previa vista a los interesados (en el caso, los que detentan el inmueble y quien alega el derecho sobre este), celebrar la audiencia respectiva con la presencia de todas las partes, y dictar la resolución, que es expresamente apelable (...) [L]a orden de desalojo debe tener como presupuesto mínimo cuando no existe flagrancia, el respeto por la garantía de todo imputado en un proceso penal a ser oído para que pueda defenderse de la medida de desahucio que se está solicitando (...) Dentro del ejercicio de constatar si se ha vulnerado el derecho a la defensa, es obligatorio determinar también si el mismo ha sido garantizado a través de las actuaciones que se han cumplido y que permitan predicar que el proceso tuvo un desarrollo normal, acorde con los parámetros legales, siendo necesario establecer la trascendencia de la irregularidad para preservar la finalidad garantista de la actuación que, con miras a adelantar un debido proceso, impide que se afecten los derechos sustanciales de las partes o la estructura básica del mismo. De allí entonces que debo sostener que sea afectado el derecho de defensa de los imputados, al omitirse la realización de una audiencia previa a la devolución del inmueble, donde se los pueda oír. Audiencia, conforme el Diccionario de la Real Academia Española significa 'acto de oír a las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo', como también 'ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en un juicio'. Por otra parte, la audiencia asegura el contradictorio ya que permite debatir sobre la procedencia de la medida cautelar, con las ventajas que esto conlleva respecto al derecho de

defensa, ya que tanto el defensor técnico como el imputado tienen la amplia posibilidad de ser escuchados. A partir de la palabra, el argumento y contra-argumento, propios del sistema adversarial, se enteran las partes dentro del proceso del sentido y fundamentos de las decisiones judiciales. Frente a ello, no se puede privar a los imputados de la posibilidad de intervenir en actuaciones esenciales para brindar los elementos de descargo que hagan a su defensa, en el marco de la medida prevista por el art.335 CPP " (conf. causa n° 0017685-00-00/09 "Camacho, Jorge Luis y otros s/ infr.art.181, inc.1, Usurpación-Despojo. C.P.", del 4/2/2010).

VIII. *El efecto de la desocupación regularmente dispuesta en los afectados y la justicia social*

12.1. Tal como lo señalan los documentos emanados de los distintos operadores jurídicos, no es posible obviar la situación y problemática social que revelan los casos sometidos a resolución de la justicia y de la que dan cuenta los supuestos de usurpación de inmuebles. No se me escapa que estos casos también involucran la comisión de delitos estipulados por las leyes. Sin embargo, debe tenerse presente que al momento en que se adopta la decisión de restituir el inmueble no hay por lo general sentencia de condena. En caso de corresponder, los autores del delito contemplado por el art. 181 serán penados en sus términos. Por lo demás, y como he aludido a lo largo de este voto, el desalojo no afecta únicamente al eventual usurpador sino que extiende sus efectos a otras personas.

La decisión jurisdiccional que culmina en un desahucio, que se ejecuta con uso de la fuerza, en la mayoría de los casos no es padecida exclusivamente por la persona que presuntamente ha cometido el delito. En numerosas ocasiones, el desalojo alcanza a menores de edad (incluso en edad de lactancia materna), personas con padecimientos de salud, discapacitados, y otros integrantes cuya participación en conduc-

tas ilegales no se encuentra eventual y técnicamente alcanzada por la investigación fiscal. Desde tal perspectiva, parece claro que una interpretación adecuada del sistema normativo —acorde a los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional y de la Ciudad— necesariamente debe contemplar la posibilidad de que el juez arribe a la resolución cautelar con algún tipo de intervención previa de quienes padecerán un trastorno de magnitud en sus circunstancias de vida (conforme la argumentación precedente) asegurándose la defensa técnica y, a la vez, teniendo en consideración los efectos sociales de su decisión.

La práctica diaria que se presenta ante los Tribunales de la Ciudad da cuenta de la situación de emergencia social y habitacional en la que se hallan un sinnúmero de personas. En el rol institucional que la Constitución otorga a los jueces, no cabe desentenderse de la existencia de casos que atañen a grupos sociales enteros ni de las consecuencias que trae aparejado un desalojo para aquellos que, encontrándose ya de por sí en condiciones de vulnerabilidad, lo padecen.

Así, considero que, en aquellos supuestos específicos en los que el caso involucre o muestre la existencia de un problema social, el juez debe asegurar el resguardo de los derechos sociales fundamentales de los afectados (vivienda, salud, asistencia); máxime cuando se verifique que entre ellos existan menores de edad, personas con necesidades especiales o afecciones en su salud, en situación de vulnerabilidad social, o que gocen de protección especial por parte de las leyes o de la Constitución local y de la Nación.

No se trata de que el juez suplante a otros sectores del Estado en sus atribuciones y deberes, sino de que garantice su tutela por parte de dichos poderes. La adopción de tal curso de acción no solo no se encuentra vedado por el ordenamiento jurídico, sino que está implícita en el rol que tiene el juez en su carácter de custodio de

la aplicación y vigencia de los principios constitucionales consagrados en la Constitución local. Lo contrario implicaría la posibilidad de que un magistrado que estuviera al tanto de que su decisión aparejará, por ejemplo, que el desahucio conlleve a los afectados a quedar en “situación de calle”, lo cual importa que se encuentren en un estado de vulneración de derechos constitucionalmente consagrados, permanezca inmune frente a ello, circunstancia que no es posible sostener en un estado de derecho como el estatuido en nuestro sistema constitucional vigente.

Resulta claro que en vez de sustituir a las autoridades administrativas, este segundo *criterio constitucional de aplicación de la regla procesal* viene a asegurar la presencia misma de aquellas autoridades para que, en el marco de los planes sociales existentes y de los derechos consagrados en la Constitución porteña, resguarden los derechos sociales de las personas afectadas, todo ello, sin duda, cuando el caso examen efectivamente revele la existencia de una problemática social, que es por lo demás la circunstancia habitual.

En este punto corresponde, dada la textura abierta del texto procesal penal legislado, efectuar un balance judicial de los valores en juego, que en esta faz del litigio consisten, por un lado, en los derechos reales protegidos por la norma y, por otro, la justicia social, que se concreta en el conjunto de los derechos sociales que nuestro ordenamiento constitucional establece.

Se ve que con respecto a esta dimensión del problema no hay incidencia alguna en la pronta recuperación del inmueble por parte de su legítimo poseedor, pues lo que está en juego son los efectos de la decisión, no ella misma. Y en esos efectos tiene un rol que jugar el Estado en cuanto garante de las condiciones dignas de vida de las personas, sin discriminaciones y teniendo en cuenta las particularidades de las categorías jurídicas de las que se forma parte (esto es: niñez, situación de salud, etc.).

12.2. Veo en lo personal esta decisión en línea con el compromiso con la justicia social que he venido desarrollando en conjunto con otros colegas de mi fuero en litigios donde estaban en juego, entre otros, el derecho a la salud (causa “Acuña María Soledad c/GCBA s/amparo”, expte. n° 15558/0, sentencia del 23/12/2008), el derecho a la vivienda (causa “Mansilla María Mercedes c/GCBA s/Amparo”, expte. n° 13817/0, sentencia del 13/10/2006), el derecho al agua (causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo”, expte. n° 20898/0, sentencia del 18/7/2007), el derecho a la educación (causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo”, expte n° 23360/0, sentencia del 19/3/2008), o el derecho a la alimentación adecuada (causa “Vera Vega Eduardo c/Ministerio de Derechos Humanos y Sociales s/amparo”, expte. n° 22386/0, sentencia del 30/5/2008).

Dicho sintéticamente, la *justicia social* es uno de los ejes articuladores de nuestro sistema constitucional, es el fundamento valorativo de un conjunto de derechos y cláusulas constitucionales (entre otras las contenidos en los arts. 17, 18, 20, 23, 31, 39, 40, 41, 42 y 43) y debe ser tenido en cuenta al momento mismo de comprender la diversidad de problemas y desafíos que plantean tanto la realidad social como el derecho positivo.

IX. La conformación de una Mesa de Diálogo: el consenso institucional en el marco de la competencia de los diferentes órganos que componen el Poder Judicial de la Ciudad (art. 107)

13. Finalmente, vale reiterar que las consideraciones efectuadas por los diversos operadores jurídicos locales reseñadas a lo largo de este voto patentizan la relevancia institucional de la problemática involucrada en autos, de la que este Tribunal no puede quedar al margen.

Tampoco puede obviarse la necesidad de un protocolo de actuación conjunta de las tres ramas del Ministerio Público (Asesoría Tutelar, Defensoría y Fiscalía)

que revela el caso y las prácticas de la que dan cuenta los antecedentes aquí citados. No obstante los intentos efectuados, hasta el momento no hay un marco común que regule su proceder en estos casos.

Resulta evidente, luego de la experiencia institucional hasta ahora desarrollada, que un protocolo conjunto de actuación facilitaría la resolución del problema, daría lugar a una actuación coordinada de las tres ramas del Ministerio Público, posibilitaría la rápida intervención de las dependencias administrativas del Gobierno de la Ciudad, todo ello con anterioridad a la intervención judicial.

En este sentido entiendo que debe primar el valor del diálogo y el consenso institucional como forma de articular la actuación de los diferentes órganos que intervinen en el caso. La forma que el derecho procesal, así como la propia práctica de los tribunales, ha generado es la conformación de *mesas de diálogo* entre diferentes partes u operadores jurídicos, según los casos.

En esa línea ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que en diversos pronunciamientos ha considerado adecuado la formación de dichas mesas o espacios de trabajo conjunto (conf. CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, sentencia del 3 de mayo de 2005, y “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo”, sentencia del 8/7/2008).

Tal como sostengo en los litigios estructurales la conformación de mesas de diálogo es un medio adecuado y fructífero para arribar a decisiones consensuadas. De acuerdo a la experiencia ya acumulada en ese tipo peculiar de litigios (que implican reformas estructurales, cronogramas y planes de trabajo para adecuar una institución a las pautas constitucionales), resulta mucho más eficaz el diálogo entre las partes que la rígida imposición derivada de una

condena. Es evidente que en esos casos el interés de las partes no está centrado en la determinación formal de plazos exiguos, y eventualmente la sanción por su posible incumplimiento, sino en la solución real del conflicto dentro de un tiempo razonable. Este enfoque resguarda, de manera simultánea, la capacidad real del Estado para diseñar una solución y los derechos sociales de las personas, y todo ello sobre la base del diálogo y el consenso, valores centrales de nuestro sistema democrático, de carácter participativo (art. 1º de nuestra Constitución porteña).

Si bien en este caso se trata de un juicio de otra índole sí resulta pertinente utilizar la referida herramienta institucional para la generación de un protocolo común que la práctica judicial revela como imprescindible.

Finalmente hay valores comunes en el texto constitucional, así el diálogo, que se difunden en la totalidad del ordenamiento, más allá de las peculiaridades de las ramas e instituciones jurídicas. Tal es uno de los sentidos de la constitucionalización del derecho, en la medida en que las problemáticas jurídicas particulares tienen una raíz constitucional-valorativa común.

14. Así como el Tribunal Superior de Justicia es la máxima autoridad en lo referido a los asuntos jurisdiccionales en los términos del art. 113, CABA, el Consejo de la Magistratura, que también forma parte del Poder Judicial (art. 107), es el ámbito institucional adecuado para el diálogo respecto de la política judicial en una situación como la que revela este expediente.

De acuerdo al art. 1º de la ley 31, el Consejo de la Magistratura local tiene la función de “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”.

En tal sentido considero adecuado que el Tribunal Superior de Justicia encomiende al Consejo de la Magistratura

a que organice una Mesa de Diálogo a fin de que los representantes máximos de las tres ramas del Ministerio Público (asesoría Tutelar, Defensoría y Fiscalía) generen un criterio común y consensuado de actuación en el ámbito de los supuestos contemplados por el art. 335 *in fine* del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.

No se trata, cabe aclarar para evitar malentendidos, que el Consejo de la Magistratura se involucre en asuntos jurisdiccionales, sino que, sobre la base de una resolución del propio Tribunal Superior de Justicia, organice un ámbito de diálogo institucional a fin de que el Ministerio Público establezca un protocolo común de actuación.

La solución propuesta resguarda y se hace en el marco de las competencias que la Constitución (Título Segundo - Poder Judicial) y la ley (ley 31, ley 402 y ley 1903) le otorgan al Tribunal Superior de Justicia (Capítulo Segundo), al Consejo de la Magistratura (Capítulo Tercero) y al Ministerio Público (Capítulo Sexto), en todos los casos del referido Título Segundo del texto constitucional.

X. *Conclusión*

De acuerdo a lo dicho concluyo lo siguiente:

- a) hacer lugar al recurso de queja y resolver las cuestiones constitucionales planteadas por la Defensa;
- b) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la Defensa en los términos que anteceden y declarar que el art. 335 del CPP, dada la textura abierta de su texto, requiere de las siguientes pautas mínimas de aplicación para su perduración constitucional, a la luz de los principios en cada caso mencionados (arts. 10, 13, 17 y concordantes, CCBA):
 - b1) debe asegurarse el debido proceso otorgándole a los afectados la posibilidad de

ser oídos de forma previa con una defensa técnica, a cuyo fin la figura regulada por el art. 335 tiene que ser integrada sistemáticamente en el código procesal y ser considerada una medida cautelar o una medida auto-satisfactiva, en los términos y condiciones antes indicados, ello sin perjuicio de las facultades de los jueces ante casos singulares, y

- b2) deben asegurarse los derechos sociales de las personas afectadas en aquellos casos en los cuales se revele una problemática social a la que debe darse una solución público-estatal de acuerdo al ordenamiento jurídico de la Ciudad;
- c) devolver las actuaciones a los tribunales de mérito para que vuelvan a decidir la causa conforme a las pautas aquí fijadas, en caso de que el desalajo aún no se hubiese hecho efectivo como resultado

de lo dispuesto a fs.54/55 sobre los efectos de la queja;

- d) encomendar al Consejo de la Magistratura a que convoque a los representantes máximos de las tres ramas del Ministerio Público (Asesoría Tutelar, Defensoría y Fiscalía) a formar una Mesa de Diálogo a fin de generar un criterio común y consensuado de actuación respecto del art. 335 *in fine* del código procesal penal desde el inicio del conflicto.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que le compete al Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 42/51.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Horacio Corti*

DCXXXIX - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN DI FILIPPO, FACUNDO MARTÍN Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Inadmisibilidad del recurso. Cuestión no federal.

Expte. SACAyT n° 8668/12 - 22/10/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 93/111 vuelta) contra la decisión de fecha 15/4/2014 (fs. 79/89 vuelta) mediante la cual el Tribunal rechazó su recurso de queja.

Corrido el traslado pertinente a las partes interesadas (fs. 112) solo T.E.B. SRL compareció a expresar que "...no considera que tenga un derecho que justifique ejercer defensa alguna" (fs. 117).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ y Marta Paz dijeron:

Corresponde denegar el presente recurso extraordinario porque no se ha planteado una cuestión federal (conf. el art. 14 de la ley 48). El GCBA sostiene que la decisión que viene recurriendo, esto es, aquella que ordenó cautelarmente la clausura de los establecimientos ubicados en el predio "Costa Salguero" que no contaran con habilitación o tuviera una vencida, invade facultades privativas del PE. No obstante la seriedad que guarda el planteo desde el ángulo local, lo cierto es que su tratamiento depende exclusivamente de lo que las normas procesales locales disponen; materia ajena a la competencia de la CSJN. Dicho de un modo más directo, lo que agravia al GCBA es que se le hubiera dado trámite a la presente acción instada por dos vecinos de la Ciudad que dicen actuar en tutela del camino de sirga que prevé el art. 2.639 del Código Civil; pero, tanto la legitimación para actuar ante los tribunales locales, como las facultades de los jueces en esos procesos, son cuestiones, por regla, definidas por las leyes procesales locales. De ahí que no se observa cuál sería la conexión que tendría lo aquí resuelto con los arts. 18 y 129 de la C.N. en que el GCBA funda su recurso.

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido por el GCBA. Costas por su orden, al no haberse opuesto la parte contraria a la concesión del recurso (art. 68, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Si bien en la sentencia de fecha 15/4/2014 sostuve la inexistencia de caso o causa judicial y la falta de legitimación de los actores, no es menos cierto que, como bien lo indican mis colegas preopinantes, la legitimación para actuar ante los tribunales de la Ciudad, como los alcances del término causa o controversia están determinados en la normativa constitucional e infraconstitucional local, y no se advierte en la causa cuál sería la cuestión federal involucrada.

Por otra parte, más allá de no haber compartido el criterio mayoritario al momento de emitir la resolución ahora cuestionada por la demandada, advierto que dicho pronunciamiento resulta fundado en las constancias de la causa, motivo por el cual no corresponde calificarlo como una sentencia arbitraria, como pretende el recurrente.

Por ello, voto por denegar el recurso extraordinario federal incoado, con costas por su orden por no haber mediado controversia (art. 68 CPCCN).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas por su orden.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 89 vuelta, punto 2.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Marta Paz

DCXL - BRINGA, LEONARDO MISAEL AMARANTO C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAyT n° 10.034/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Leonardo Misael Amaranto Bringa fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 235/243 vuelta.

Mediante el escrito de fs. 248/249 (ratificado a fs. 250) aduce que “[e]l concepto de ‘vulnerabilidad’ se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto al respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las probanzas que se harán valer en la instancia de grado, de manera que en ese orden de ideas no existe aún sentencia definitiva” (fs. 248 vuelta).

Manifiesta que no recurrirá la sentencia y solicita que se “...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a la situación de vulnerabilidad y de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA respecto de nuestro defendido, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías una vez que se arribe a la sentencia del tribunal superior de la causa” (fs. 248 vuelta/249).

Además el actor afirma que “...procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente al que se hizo referencia en el párrafo anterior (...). En efecto, hasta que se arribe a la decisión que resuelva el litigio que se ha planteado en el presente proceso y se encuentre firme, continúa la virtualidad de la sentencia que ordenó la medida cautelar, por cuanto la Cámara deberá tramitar ante esos estrados las diligencias necesarias para definir los alcances de las pautas fijadas por el Tribunal con relación a la particular situación de nuestro asistido. Por otra parte ese ha sido el criterio adoptado por el mismo Tribunal Superior de Justicia en la causa ‘GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Panza, Angel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’, Expte. TSJ N° 4270/05” (fs. 249).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 235/243 vuelta.

Así lo voto.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a la situación de vulnerabilidad y de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA ... todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si llegara a resultar pertinente, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que los planteos relativos al “mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente” no fueron abordados por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, tales planteos deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la “reserva” de la cuestión “constitucional y federal”, que sostiene involucraría “el concepto de vulnerabilidad” (fs. 248 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Leonardo Misael Amaranto Bringa.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 243 vuelta, punto 5.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCXLI - FILGUEIRA, NATACHA YASMIN Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACAyT n° 9922/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Natacha Yasmin Filgueira y el Sr. Adrián Ezequiel Gagnotti promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyeron al demandado. Precisaron, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de un subsidio, que este debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características, y plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 4°, 5° y 6° del dec. 690/06. Como medida cautelar, solicitaron su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 1/52).

A fs. 148, los actores asumieron la representación de sus hijos menores de edad.

La jueza de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo "...ordenando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, mientras subsista la situación actual de los amparistas, les preste asistencia habitacional suficiente y adecuada y hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad" (fs. 216/216 vuelta).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso del GCBA agregando copia del fallo recaído en la causa "Lemos Fonseca, Alba Nibia c/GCBA y otros s/amparo" (expte. n° 30.133/0), en el que se individualizaran una cantidad de actuaciones —entre ellas, la que motiva esta intervención— a las que esa decisión resultaría aplicable.

Para fundamentar el rechazo, los jueces *a quo* se refirieron a "...el derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas"; y afirmaron que "...el principio de la autonomía individual conlleva el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y exige comportamientos activos por parte del Estado, tendientes a hacer posible (...) el derecho de acceso a la vivienda (arts. 14 bis C.N., 31 CCABA y tratados internacionales con rango constitucional...)". En relación con "la creación de diversos programas sociales" dirigidos a satisfacer el derecho a la vivienda, explicaron que más allá de los plazos que en ellos se prevén "...la Ciudad no [puede] suspender dicha cobertura si no se [halla] demostrado el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto la discontinuidad de tales prestaciones [vulnera] el principio de no regresividad...". Destacaron, por fin, que la parte amparista había estado incluida en un programa habita-

cional, que no se había demostrado que su situación de emergencia habitacional hubiera variado, y que la demandada no había “probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella” (fs. 281/284 vuelta).

3. Contra el fallo de la Cámara el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 307/322), que fue concedido respecto de la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda, y rechazado en relación con la pretendida arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional alegadas (fs. 346/347 vuelta).

4. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y reenviar la causa a la Cámara del fuero para el dictado de un nuevo pronunciamiento (fs. 398/409 vuelta). La Sra. Asesora Tutelar, por su parte, solicitó el rechazo de la presentación (fs. 354/389 vuelta).

5. A fs. 416 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 281/284 vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna, y *ii)* es un grupo familiar con tres menores de edad que se encuentra en *situación de vulnerabilidad* (fs. 211/222 vuelta; 284 vuelta).

2. Los agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5º del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado resulta así sustancialmente similar a la abordada por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos

expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los toques fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDES¹⁰²) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C.,S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

¹⁰² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDES^C, el destacado no obra en el texto original).

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[I]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036*—que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir

o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706.

En estos supuestos, la ley 4036 *obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, ley 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley 4036—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, ley 4036—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁰³—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, median-

¹⁰³ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

te el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privarizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “Social”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*,

párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que “...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] le[] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”. Además, la Cámara sostuvo que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 284/vuelta)

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,¹⁰⁴ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto in re “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN in re “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria in re “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumible-

¹⁰⁴ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

mente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En *sub lite* no está debatido que la parte actora es un hombre y una mujer que tienen tres menores de edad a su cargo (dos de ellos con problemas respiratorios) y que se encuentran excluidos del mercado formal de trabajo (conf. fs. 215 vuelta). Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6º de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 281/284vta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante

fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia

del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁰⁵

¹⁰⁵ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

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

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiente en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de conti-

Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...).

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

nidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]*’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con*

el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...”.

En la causa “Tolosa” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta

recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁰⁶ o “Sejean”¹⁰⁷ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

¹⁰⁶ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁰⁷ *Fallos*, 308:2268 (1986).

6. *Tutela efectiva y función jurisdiccional:*

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolozá” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 281/284 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCXLII - AGUIRRE, JUAN ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN AGUIRRE, JUAN ALBERTO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional.

Expte. SACAyT n° 10.050/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Juan Alberto Aguirre promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le otorgue una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada, y que en el caso de que dicha solución consista en el otorgamiento de un subsidio, que este le permita abonar en forma integral el valor correspondiente a dicho efecto (fs. 19/40).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hace lugar parcialmente a la acción entablada y ordena al GCBA que “garantice al Sr. Juan Alberto Aguirre (...) alojamiento permanente en la red de hogares que administra, previa verificación del cumplimiento de los requisitos administrativos respectivos”.

Asimismo, dispone que el GCBA deberá presentar un informe trimestral circunstanciado respecto a la situación social del actor, brindarle orientación y asesoramiento —respecto de las diversas alternativas habitacionales existentes—, incluirlo en el Programa de Formación e Inclusión para el trabajo (FIT), y librar oficio a la autoridad de aplicación del programa “Procrear” a fin de que (...) indique si la situación del actor resulta prioritaria a los efectos de acceder a alguna vivienda (fs. 182/186 vuelta).

2. Ambas partes apelan el pronunciamiento y expresan sus agravios (la actora a fs. 53/60, y el GCBA a fs. 187/192 vuelta).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declara desierto el recurso interpuesto por el GCBA y rechaza el recurso interpuesto por la actora con costas (fs. 61/63 y fs. 195/197).

Afirma que el recurso de apelación del GCBA, “hace referencia de modo manifiestamente equívoco a una resolución cautelar sin siquiera poder inferir de los términos empleados una referencia genérica a la sentencia [de fondo] dictada por la Sra. Juez de grado (...) la presentación en análisis no cumple con los recaudos exigidos en el art. 236 del CCaYT, por cuanto los términos empleados resultan inconducentes y carentes del debido rigor jurídico...” (fs. 195 vuelta, considerando 3).

En cuanto al planteo ventilado por la actora —sustancialmente— considera que la prueba producida no acredita en forma suficiente la situación de vulnerabilidad social que alega padecer el accionante (fs. 196 /197, considerandos 7 y 8).

3. Ambas partes interponen recurso de inconstitucionalidad, el GCBA a fojas 198/208 y la actora a fs. 65/86. La Sala II los declara inadmisibles (fs. 88/89 y fs. 210/211).

Los magistrados sostienen que no se configura un caso constitucional, al indicar que, “...en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales, relacionadas con la vulnerabilidad social y el derecho a la vivienda (...) [y que] ... Para arribar a la solución adoptada fueron evaluados los hechos litigiosos y la prueba aportada, pasando luego a brindar los fundamentos y su correspondencia con las normas legales interpretadas, citadas y aplicadas (...)”

4. Contra esta decisión la parte actora y el GCBA interponen sendos recursos de queja (fs. 1/16 vuelta y 213/223 vuelta, respectivamente). Requerido su dictamen, la Fiscalía General propicia el rechazo de ambos (fs. 232/235).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

I. Queja de la actora (expte. n° 10.050).

Pese haber sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuran un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

En efecto, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario tuvo en cuenta que “los elementos reunidos en el sub examine no logran tener por configurada la arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en el proceder de la demandada, lo que determina la improcedencia de la pretensión” (fs. 62 in fine); y que “...el punto central que debía acreditar el peticionario se relaciona con su estado de vulnerabilidad social. Sobre este aspecto, cabe señalar que en el informe socio ambiental glosado a fs. 41/45 (...) se señala que el actor se encuentra viviendo en un departamento ubicado en el barrio de La Boca (...) [y] que actualmente se encuentra desempleado. Sin embargo, desarrolla su actividad de manera esporádica dentro del mercado gastronómico, como cajero o cubriendo suplencias (...) [y] sufre de “Hernia y cálculos de en la vesícula”, encontrándose a la espera de una intervención quirúrgica (...)”.

Sobre dichas premisas fácticas el decisorio concluye: “...aún considerando las patologías descriptas en los informes elaborados por ambas partes, cierto es que no

puede afirmarse que ellas impidan el desarrollo de la vida cotidiana y laboral del actor (...) Advuértase, en tal sentido, que el propio Sr. Aguirre refiere que no se encuentra medicado (confr. fs. 139) y que si bien por su patología “no puede hacer trabajos que requieran de mucho esfuerzo” (...) afirma que lo llamaron para trabajar en el rubro gastronómico (...). En suma, la ausencia de mayores elementos que permitan acreditar el estado de vulnerabilidad denunciado en el escrito de demanda, imponen el rechazo del recurso” (fs. 61/63).

La actora en su recurso de inconstitucionalidad alega —sustancialmente— que la sentencia atacada resulta arbitraria por cuanto al afirmar que no se encuentran agravados “mayores elementos que permitan acreditar el estado de vulnerabilidad denunciado”, le impide la efectiva protección de su derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, al acceso a la justicia, y consecuentemente, a la protección del derecho a la vida y a la vivienda (...)” (fs. 65/85).

Conforme lo expuesto, los planteos formulados por la apelante remiten necesariamente al relevamiento de aspectos de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso el grado de amenaza sobre la existencia misma de la accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y conc.—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

Por otra parte, el planteo ventilado en la queja sobre la afectación al principio de congruencia tampoco puede prosperar toda vez que fue la propia accionante quien recurrió el decisorio de primera instancia agravándose por la falta de reconocimiento de su situación de vulnerabilidad.

Asimismo, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse del examen del memorial y del fallo cuestionado que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

II. *Queja del GCBA (expte. n° 10061).*

En la queja deducida por el GCBA, tal como señala la Fiscalía General, pese a haber sido interpuesta en tiempo y forma -art. 33 ley 402- se esgrimen argumentos que solo alcanzan a constituir una mera discrepancia con lo decidido sin lograr rebatir el auto denegatorio dictado.

Debe destacarse aquí que el apelante —en la presentación de sus escritos para arribar a este Tribunal— no se hace cargo de que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario oportunamente declaró desierta su apelación contra lo resuelto en primera instancia, toda vez que —evidentemente y a partir de las constancias de la causa— equivocó el contenido del escrito presentado en dicha oportunidad (véase fs. 187/193; 195/197; 198/208 y 213/223).

En consecuencia, toda vez que los planteos formulados por el GCBA no se dirigen a acreditar que el Tribunal *a quo* hubiere incurrido en un injustificado rigor formal

—incompatible con su derecho de defensa—, la suerte de su pretensión queda sellada, y por lo tanto, el recurso de queja interpuesto debe ser rechazado.

III. Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo dictaminado por la Fiscalía General, corresponde rechazar los recursos de queja deducidos por la actora a fs. 1/16 vuelta y por el GCBA a fs. 213/223 vuelta.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La decisión objetada por ambas partes dispuso “1. Declarar desierto el recurso interpuesto por el GCBA. 2. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada. Con costas” (véase fs. 63). Como se verá, en este escenario, corresponde rechazar las quejas deducidas, puesto que los planteos de las partes no suscitan la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal.

2. En relación a la queja de la parte actora, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3, CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2.1. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el a quo haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y mi voto *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no era una cuestión a cuyo respecto existiera controversia, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el a quo excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia (v. gr., que el actor vive solo en un departamento de tres ambientes, “...que ‘actualmente se encuentra desempleado[; s]in embargo, desarrolla su actividad de manera esporádica dentro del mercado gastronómico, como cajero o cubriendo suplencias [... es] titular del beneficio contemplado en el Programa Ciudadanía Porteña Con todo Derecho del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por un monto de pesos ciento veinte (\$120) mensuales...””, véase fs. 62 vuelta; que, si bien relata padecer por una hernia y cálculos en la vesícula, “...no puede afirmarse que ellas impidan el desarrollo de la vida cotidiana y laboral del actor...””, V. fs. 63)— colocaban o no al actor dentro de la clase “personas en situación de vulnerabilidad social” según la define el art. 6° de la ley 4036; ni por qué el análisis de la pretensión recursiva de la actora contra la sentencia de primera instancia no imponía establecer, a los efectos de resolver si hacer lugar o rechazar la apelación, si la situación de la actora generaba la obligación cuya titularidad había sido negada por la sentencia cuestionada.

2.2. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (fs. 81 vuelta) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “...que las normas

mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y que “...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona” (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que, en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. el voto que conjuntamente suscribimos *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘K.M.P. c/GCBA s/amparo” (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada ante los jueces de mérito. En este orden de ideas, el planteo que la recurrente introduce a fs. 6, con la queja, por cuyo intermedio cuestiona la constitucionalidad de la ley 4036, por entenderla enfrentada con el derecho a la igualdad, ha sido fruto de una reflexión tardía que no puede ser analizada en instancia originaria por este Tribunal.

2.3. Finalmente, en cuanto a la tacha de arbitrariedad que la recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el *a quo* en el sentido relatado.

3. El recurso de inconstitucionalidad del GCBA que vino a defender con la queja de fs. 213/223 aspira a la revisión de la sentencia de Cámara que confirmó la de primera instancia —en cuanto había condenado al Gobierno a que “...garantiza[ra] al actor ‘...alojamiento permanente en la red de hogares que administra, previa verificación del cumplimiento de los requisitos administrativos respectivo. (...) Presente un informe trimestral circunstanciado, respecto de la situación social del actor y le brinde orientación y asesoramiento respecto a diversas alternativas habitacionales” (véase fs. 61)—. Sin embargo, la jurisdicción de este Tribunal viene condicionada por los aspectos no consentidos de la sentencia de primera instancia, a cuyo respecto la recurrente no muestra que este pueda ser revisado si omite hacerse cargo de que la Cámara declaró desierta su apelación contra aquella decisión. Por ello, corresponde también rechazar la queja del GCBA.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como destacan mis colegas preopinantes, las quejas deducidas por la parte actora y por el GCBA deben ser rechazadas pues ninguna de las presentaciones logra acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3°, de la CCABA.

2. En lo que respecta a la queja de interpuesta por el señor Aguirre —que tramita ante este Estrado bajo el n° 10.050/13—, cabe efectuar las siguientes puntualizaciones. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus

competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento. Ello así, en la medida en que fue la propia actora quien recurrió la sentencia de primera instancia agravándose porque el *a quo* había entendido que no se encontraba en una situación de vulnerabilidad.

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que el actor no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6° de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron que el actor es un hombre solo, sin menores a cargo, que —según surgiría de un informe— “vive solo en un departamento de tres ambientes”, que si bien tiene algunos problemas de salud “el propio Sr Aguirre refiere que no se encuentra medicado (...) y que si bien por su patología ‘no puede hacer trabajos que requieran de mucho esfuerzo’ (...) afirma que lo llamaron para trabajar en el rubro gastronómico (...) En suma, la ausencia de mayores elementos que permitan acreditar el estado de vulnerabilidad, en el escrito de demanda, imponen el rechazo del recurso de apelación intentado” (conf. fs. 63).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación del accionante, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (v. gr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaran los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivien-*

da digna a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales¹⁰⁸ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros).

En suma, coincido con mis aludidos colegas en que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente

¹⁰⁸ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo respetar, en las circunstancias valoradas por los jueces de mérito, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho del accionante, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

6. Finalmente, en lo que respecta a la queja de interpuesta por el GCBA —que tramita ante este Estrado bajo el n° 10.061/13—, coincido con mis colegas en que su suerte adversa está sellada pues en el recurso de inconstitucionalidad que se pretende sostener aquí no se ha hecho cargo de rebatir los concretos fundamentos por los cuales la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario *declaró desierto* su recurso de apelación.

En rigor, la demandada aprovecha la oportunidad para controvertir nuevamente la sentencia de primera instancia pero ello acarrea para el caso una confusión sobre el objeto del recurso, pues los distintos fundamentos que sustentaron el rechazo de la acción, en realidad, no llegaron a ser tratados por el tribunal superior de la causa. Ante esa situación, la crítica en el recurso de inconstitucionalidad debió dirigirse a demostrar agravios de naturaleza constitucional emergentes de la declaración de deserción de su recurso de apelación, lo que no fue realizado; mas no a reiterar los que —sostiene— le ocasionó la sentencia de primera instancia.

Por los motivos expuestos, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General, las quejas deducidas por la parte actora y por el GCBA deben ser rechazadas.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Expte. n° 10.050:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido a el contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁰⁹

¹⁰⁹ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)"

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Esta-

dos interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para ha-

bilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹¹⁰ o “Sejean”¹¹¹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

6. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

7. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar

¹¹⁰ 347 Scotus 483 (1954).

¹¹¹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

(...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula elegida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable, ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho,¹¹² los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual el Sr. Aguirre no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que no fue controvertido que se trata de un hombre que este año alcanzará los 59 años de edad, que no cuenta con estudios secun-

¹¹² RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

darios, que en el año 2008 sufrió un accidente de tránsito que lo obligó a abandonar la actividad laboral, lo que añadido a su edad al momento del hecho determinó su exclusión del mercado de trabajo formal, de modo que se sostiene con los exiguos ingresos que obtiene en la economía informal. Al señalar que “aun considerando las patologías descriptas en los informes elaborados por ambas partes, cierto es que no puede afirmarse que ellas impidan el desarrollo de la vida cotidiana y laboral del actor” (fs. 63), los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la edad, la limitada instrucción, los problemas de salud y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

Los extremos reseñados, unidos al hecho de que ante lo dispuesto por la ley 3706 la sentencia de primera instancia es constitucionalmente insostenible, determinan la revocación del fallo de Cámara que la confirma. Es que —como expliqué en el apartado anterior, y ampliaré en el que sigue—, no cabe fijar para el monto de la prestación objeto de la condena impuesta al GCBA otro límite que el que surge de la total satisfacción del derecho de acceso a una vivienda adecuada, hasta el máximo de los recursos disponibles.

8. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

En este escenario, no hay más que hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

Expte. n° 10.061:

9. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada (art. 33 de la ley 402). Sin embargo, no puede prosperar, ya que el Gobierno no consigue criticar la resolución que no concedió su recurso de inconstitucionalidad.

10. Al declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

II. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: a) hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Sr. Juan Alberto Aguirre, admitir su acción de amparo y condenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad mientras duren las circunstancias que dieron lugar a su demanda, b) rechazar el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y c) imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Juan Alberto Aguirre.

2º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXLIII - VILLALBA, MIRIAM ELIZABETH S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN VILLALBA, MIRIAM ELIZABETH C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

.....

Expte. SACAyT n° 10.224/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Sra. Miriam Elizabeth Villalba, por derecho propio y en representación de los niños y niñas a su cargo, promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), y contra el Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires (IVC) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de ha-

bitabilidad, que atribuyó a los demandados. Planteó, además, la inconstitucionalidad del dec. 690/06 con las modificaciones introducidas por los decs. 960/08 y n° 167/11. Como medida cautelar, solicitó su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 14/34 vuelta).

La primera instancia del fuero concedió la tutela cautelar requerida y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo, condenando al GCBA y al IVC a "...que mantengan las prestaciones previstas en el dec. 690/06 —modificado por los Decs. 690/08 y N° 167/11— o en el plan asistencial que lo sustituya o lo extienda en el futuro, o bien los fondos suficientes para que la actora y sus hijos puedan acceder a un alojamiento adecuado, hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la que se encuentra la actora ha desaparecido, dejando aclarado que la amparista deberá participar activamente y comprometerse en la búsqueda de estrategias para dar solución a la problemática que padece" (fs. 52 vuelta/53). La jueza interviniente también declaró la inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, modificado por el dec. 167/11 "...solo en lo que hace al impedimento de la renovación del subsidio habitacional..." (fs. 53).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 54/68). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "...rechazar el recurso de apelación interpuesto, con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, modificado por el dec. 167/11 y, en consecuencia, confirmar la decisión de grado, con costas a la parte demandada..." (fs. 91 vuelta).

3. Contra el fallo de la Cámara, la amparista interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 92/105), cuya denegatoria (fs. 108/108 vuelta) dio lugar a la queja de autos (fs. 1/9 vuelta).

4. Requeridos sendos dictámenes, la Sra. Asesora General Tutelar propició que se declarara admisible el recurso directo (fs. 112/126). Por su parte, el Sr. Fiscal General sostuvo que correspondía rechazarlo (fs. 128/130).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

La sentencia que viene cuestionada dispuso "rechazar el recurso de apelación interpuesto [por el GCBA], con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, modificado por el decreto N°167/11 y, en consecuencia, confirmar la decisión de grado..." (V. fs. 91 vuelta).

Para resolver de ese modo, los jueces de mérito entendieron que la actora —"... una madre sola a cargo de sus seis (6) hijos menores de edad, que conviven en una pequeña habitación ubicada en un hotel y que deben compartir la cocina y el baño con otros ocupantes [...; que e]n relación al estado de salud del grupo familiar [...] uno de los menores padece un retraso madurativo, diagnosticado en el año 2008, y estenosis subglótica (confr. especialmente fs. 51/52 y 55); asimismo, fue internado en dos oportunidades por sufrir insuficiencia respiratoria aguda..."—, conf. fs. 90 vuelta— se encuentra en situación de vulnerabilidad, conf. el art. 6° de la ley 4036 y "[q]ue, la resolución de grado ordenó al GCBA prestar a la amparista alojamiento en condiciones de habitabilidad o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras la demandada no demuestre fehacientemente que la situación de emergencia habitacional ha cesado" (fs. 91).

En tales condiciones, corresponde rechazar la queja de fs. 1/10, porque, frente a los términos de la sentencia transcrita, la recurrente no muestra que la decisión de

Cámara haya reducido el derecho que la sentencia de primera instancia, consentida por la ahora recurrente, le había reconocido.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja deducida por la parte actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, sin embargo no puede prosperar.

2. En efecto, el recurso pretende sostener el agravio referido a la revocación por parte de la Cámara de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, modificado por el dec. 167/11, en cuanto establece un límite *temporal* para la percepción de subsidio habitacional “en caso de que la parte demandada, condenada en el juicio, decidiese limitar *temporalmente* la prestación a la que está obligada” (conf. fs. 2).

Ahora bien, tal como lo destacan mis colegas preopinantes, la parte dispositiva de la sentencia de grado —confirmada por la Sala II de la Cámara—, especifica que la prestación a cargo del GCBA deberá mantenerse “hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual se encuentra la actora han desaparecido”, en tanto el grupo familiar accionante se compone de una madre a cargo de seis hijos menores de edad, uno de los cuales padece un retraso madurativo, estenosis subglótica y en dos oportunidades ha sufrido de insuficiencia respiratoria aguda (fs. 90 vuelta).

En este contexto, la revocación de la mentada declaración de inconstitucionalidad no genera un gravamen actual e irreparable toda vez que no se demuestra que la decisión objetada haya modificado aquella precisión.

3. Por lo demás, vale recordar aquí que, de conformidad con lo resuelto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecido por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) —salvo que el GCBA acredite que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio, ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida— los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la Constitución y las leyes ponen en situación de prioridad frente a las restantes; y, en el caso, la sentencia recurrida se limitó así a reponer las prioridades fijadas por el Legislador, que con arreglo a la doctrina sentada por dicho precedente, los jueces han presumido no respetadas.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 1/10.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma -art. 33 de la ley 402-, no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

Al resolver el recurso de inconstitucionalidad, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que la decisión atacada quedó ceñida al análisis de los hechos probados a la luz de la interpretación de la normativa aplicable sobre la materia, señalando que “...las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; [y agregando que] no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada.” (fs. 108 vuelta).

Los planteos formulados por la apelante en su queja remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y conc.)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

La actora se agravia por el límite temporal sobre los emolumentos otorgados en primera instancia, insistiendo en la necesidad de que se confirme la declaración de inconstitucionalidad de las normas que así lo disponen.

Al respecto, debe destacarse aquí que la sentencia —firme— de primera instancia, no establece en su parte dispositiva un límite temporal sobre el otorgamiento del subsidio que ordena pagar, y remite a su vez también, entre otras opciones alternativas, al otorgamiento de cualquier otro plan “...o bien los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional (...) han desaparecido (...)” (fs. 52 vuelta) .

En este marco, el agravio por la limitación temporal que correspondería por la falta de declaración de inconstitucionalidad en el caso no puede prosperar.

Por otra parte, debe recordarse también que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros—.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener. Este, sin embargo, no puede prosperar.

2. La Sala interviniente confirmó la sentencia de primera instancia que fuera favorable a la amparista, “con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5º del dec. 690/06, modificado por el dec. 167/11”. Para así decidir, los jueces *a quo* explicaron que dado que la resolución de primera instancia había fijado que las prestaciones a cargo del GCBA se mantendrían “mientras la demandada no demuestre fehacientemente que la situación de emergencia habitacional ha cesado”, la declaración de inconstitucionalidad de la norma que vedaba su renovación resultaba innecesaria.

La decisión de la Cámara mantuvo incólumes los términos de las prestaciones dispuestas por la sentencia de primera instancia a favor de la amparista.

Más allá del acierto o error del modo en que la Cámara fundó su decisión, lo cierto es que esta se adecúa al alcance que corresponde acordar al derecho de acceso a una vivienda adecuada, para el que no cabe fijar otro límite que el que surge de su satisfac-

ción total, hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta es la opinión que manifestó ya en precedentes como “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de agosto de 2006; la que mantuve en *leading cases* como “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de mayo de 2010 y “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de julio de 2010, y que mantengo en decisiones recientes como “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de abril de 2014.

La concordancia de la sentencia de segunda instancia con la interpretación amplia del derecho involucrado que siempre he propiciado, me lleva a confirmarla.

3. Por las razones expuestas, voto por hacer lugar al recurso de queja interpuesto por la Sra. Miriam Elizabeth Villalba, y rechazar su recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Miriam Elizabeth Villalba.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXLIV - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN PADILLA MÉNDEZ, MARCELO ALEJANDRO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

.....

Expte. SACAyT n° 10.530/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Marcelo Alejandro Padilla Méndez, por derecho propio, promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), con el objeto de que cese en su ilegítima omisión de garantizar el acceso a una vivienda adecuada según los estándares que emanan de los tratados de derechos humanos (fs. 1/20).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hizo lugar a la acción entablada (fs. 33/42), y ordenó al GCBA que “...mantenga las prestaciones previstas en el dec. 690/06, modificado por los decs. 960/08 y 167/11 o en el plan asistencial que lo sustituya o lo extienda en el futuro, o bien los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado, hasta tanto se demuestre que las circuns-

tancias de emergencia habitacional en la cual se encuentra el accionante han desaparecido...” (fs. 42).

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apeló y expresó sus agravios (fs. 43/59 vuelta), los que fueron contestados por la actora en una presentación tardía, que fue desglosada (conf. pronunciamiento de fs. 73/75).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación incoado por el GCBA (fs. 73/75).

Los magistrados sustentaron normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Tuvieron en cuenta lo dispuesto por los arts. 2º, 6º y 7º de la ley 4036, y consideraron que “...el actor es un hombre solo —de 46 años— discapacitado, que tras sufrir un accidente con su moto en el año 1996 quedó con una secuela de fractura de tibia y peroné y fístula que provocó el acortamiento de su miembro inferior izquierdo, por lo cual deambula con ayuda (...) esa discapacidad le impidió realizar su actividad laboral —trabajos de carpintería— y obtener ingresos por sus propios medios (...).

“Sus ingresos se encuentran compuestos por su pensión por invalidez y el beneficio otorgado por el Programa de Ciudadanía Porteña.

“Se encuentra inscripto en la bolsa de trabajo y en las becas de capacitación del COPIDIS.

“De ese modo se encuentra acabadamente probada la situación de vulnerabilidad social que afecta a[ll] aquí actor” (fs. 74 vuelta).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 60/71 vuelta).

Allí señaló —en cuanto es pertinente— que la sentencia era “...a todas luces arbitraria, dado que la Administración se ve perjudicada en tanto, al no fijarse cifras exactas en el monto del subsidio a ser abonado por la Administración ni un plazo determinado para ello, además de vulnerarse con ello lo decidido por el más alto Tribunal en el caso ‘Alba Quintana’, mi parte se encuentra imposibilitada de realizar las previsiones presupuestarias para el tema habitacional de acuerdo a la normativa vigente, convirtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y contrario a todo orden institucional, con evidente perjuicio a los derechos de los demás habitantes de la ciudad” (fs. 63). Sostuvo, también, que el fallo lesionaba el derecho de defensa, el principio de legalidad y la división de poderes.

4. La Sala II —previo traslado que fue contestado por la actora a fs. 90/104— declaró inadmisibile el recurso del GCBA (fs. 77/78).

Señaló que su sentencia estaba circunscripta a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/06 y su modificatorio—. Afirmó que el recurso solo reflejaba discrepancias respecto de la manera en que se habían valorado hechos y prueba, y que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional. Los jueces explicaron que la sentencia atacada estaba debidamente fundada, se ajustaba a derecho y no constituía un supuesto de gravedad institucional.

5. La denegatoria motivó la queja de fs. 80/86 vuelta. Requerido su dictamen, la Fiscalía General Adjunta propició el rechazo del recurso directo articulado por el GCBA (fs. 109/111).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada — art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar, pues no contiene una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para vedar el acceso del demandado a esta instancia, la Sala II sostuvo:

- i)* que las cuestiones tratadas en la sentencia objeto de recurso “quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen (como la ley 4036 y el dec. 690/06 y modificatorios), todas ellas de carácter infraconstitucional...” (fs. 77 vuelta);
- ii)* que las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados por la recurrente no guardaban relación directa e inmediata con lo decidido;
- iii)* que “[l]a parte demandada discrepa con la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, sin embargo, no logra demostrar la existencia de un caso constitucional, pues no logra vincular exitosamente sus agravios con los principios, derechos y garantías que entiende vulnerados...” (fs. 77 vuelta);
- iv)* en relación con el agravio relativo a la arbitrariedad de la sentencia, que “... esa construcción pretoriana no tiene por objeto corregir en última instancia sentencias equivocadas o que los litigantes consideren tales, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional (...) y no puede fundarse en la mera disconformidad de los apelantes con la interpretación que hacen los tribunales de justicia respecto de las normas que aplican (...) cuyo acierto o error, en principio, no incumbe al Superior revisar”, y que “el Tribunal Superior de Justicia la Ciudad (TSJCABA) ha destacado que, más allá del acierto o error de una decisión judicial, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho infraconstitucional no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria” (fs. 78).

Los jueces *a quo* también descartaron la verificación de un escenario de gravedad institucional.

3. En su presentación directa, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile su recurso de inconstitucionalidad. Es que se limita a reiterar los agravios que allí expusiera, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II, y aunque reseña los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 80/86 vuelta.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fun-

damento a la sentencia que ataca, *b*) invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c*) hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d*) no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 80/86 vuelta. Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Si bien la queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402, no podrá prosperar por los motivos que se expondrán a continuación.

2. El tribunal *a quo* confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al GCBA a que mantuviese las prestaciones previstas en el decreto N°690/06, y sus modificatorios o en el plan asistencial que lo sustituyese o lo extienda en el futuro, o bien los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado. Apoyó esa decisión, principalmente, en la ley 4036. Sostuvo que la parte actora podía entenderse comprendida en la situación vulnerabilidad que describe el art. 6 de esa ley. Destacó, en particular, que el actor es una persona de 46 años, discapacitada, que padece un delicado estado de salud y que está en situación económica precaria.

3. Por su parte, los agravios del GCBA pretenden resistir la obligación de asistencia que los jueces de mérito reconocieron en favor de la accionante.

Sin embargo, el GCBA no se ha hecho cargo de atacar los argumentos en que apoyó su sentencia el *a quo* al tiempo que los genéricos planteos esbozados en torno a la situación fáctica de la parte actora no logran demostrar que las conclusiones a las que arribó la alzada sean palmariamente insostenibles.

Así pues, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Estas falencias argumentales llevan forzosamente al rechazo de la presente queja.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por la Fiscalía General, votamos por rechazar la queja de fs. 80/86.

El juez José O. Casás agregó:

Más allá acierto o error del giro utilizado en la parte dispositiva del decisorio que se pretende resistir —que contiene cierta indefinición que deberá ser precisada en la etapa de ejecución de sentencia—, por los fundamentos expuestos precedentemente acompaño la decisión de rechazar la queja del GCBA incoada en autos, sin hacer abandono de la doctrina sentada *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014, en el que este Tribunal ordenó al Estado local efectuar una propuesta para dar satisfacción a las obligaciones legales vigentes para casos como los del *sub examine*, con el fin de conciliar la tutela de los derechos sociales involucrados con la disponibilidad de los medios financieros tomando en cuenta las partidas presupuestarias aprobadas por la Legislatura.

Así lo voto.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por la Fiscal General Adjunta,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXLV - ALTEZ, OSCAR JAVIER S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ALTEZ, OSCAR JAVIER C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

Expte. SACAyT n° 10.507/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Oscar Javier Altez interpuso acción de amparo a fin de requerir protección y salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la vivienda y a la dignidad,

frente a la conducta que califica manifiestamente arbitraria del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), consistente en no reconocérsele su derecho a un alojamiento, toda vez que le es negada su inclusión en los programas de emergencia habitacional vigentes y no se le ha brindado un acceso a una mejor calidad de vida (fs. 1/21 de los autos principales caratulados “Altez, Oscar Javier c/GCBA s/ otros procesos incidentales”, que tramita bajo el expte. n° EXP 46.284/1, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

2. El amparista, de 43 años de edad, manifestó ser una persona de nacionalidad uruguaya; que hace 20 años se instaló en la Ciudad de Buenos Aires; que su nivel educativo comprende el primario completo; que desde que se separó de su mujer en 2010 sus ingresos resultaron insuficientes para costear los gastos de un alojamiento; que no logra insertarse en el mercado laboral, lo que atribuye a una causa judicial seguida en su contra por tentativa de hurto en la que fue declarado en rebeldía; que además padece problemas respiratorios y de visión; que sus padres viven en Uruguay y su condición económica no les permite ayudarlo; que es padre de 4 hijos pero que no ha colaborado en su crianza y no tiene relación con ellos.

Señaló que se encuentra incluido en el Programa Ticket Social por el que recibe doscientos treinta pesos y que es beneficiario de una beca de capacitación FIT por la que recibe quinientos cincuenta pesos. Indicó, también, que obtiene cuarenta pesos cada vez que colabora en el armado de puestos de la feria de San Telmo.

Destacó que se encuentra en situación de calle y que ha sido beneficiario del Programa de Atención a familias en situación de calle pero que, al cobrar la última cuota, se le informó que el subsidio no podía ser renovado.

3. Con la demanda, el actor solicitó el dictado de una medida cautelar para que se ordene al GCBA incluirlo en los programas de emergencia habitacional mientras dure la tramitación de las actuaciones.

La jueza de primera instancia dispuso hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó al demandado arbitrar los medios necesarios para dar una adecuada satisfacción a sus requerimientos habitacionales (fs. 45/47 vuelta).

El accionado apeló la decisión (fs. 53/58 vuelta).

4. La Sala II admitió el recurso interpuesto y dejó sin efecto la medida cautelar concedida (fs. 82/84 vuelta). Para así decidir, consideró que “...de la documental acompañada no surge que el Sr. Altez padezca impedimentos físicos y/o psíquicos graves para desarrollar tareas laborativas”, y que “...no se encuentran reunidos entonces los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una vulnerabilidad social que imponga a esta sala confirmar la cautelar dictada en la instancia de grado” (fs. 83).

5. El amparista recurrió el decisorio y detalló como agravios *i)* la afectación de su derecho a una vivienda digna y a la salud, toda vez que, en contraposición con el marco legal existente, la sentencia atacada lo obligada a permanecer en situación de calle; *ii)* la lesión de su derecho a una tutela judicial efectiva por cuanto la Cámara no tuvo en cuenta su extrema situación de vulnerabilidad social; *iii)* la vulneración de los principios de legalidad y de congruencia toda vez que se revocó la medida cautelar en base a agravios no propuestos por la contraria; *iv)* el desconocimiento del debido proceso, y *v)* que la decisión no resultaba una derivación razonada del derecho vigente toda vez que carecía de apoyo legal y fáctico, además de apartarse de la jurisprudencia de la CSJN (fs. 92/110).

El tribunal denegó la impugnación extraordinaria por considerar que la resolución cuestionada no era sentencia definitiva ni se había demostrado que resultara equiparable (fs. 131/132 vuelta).

Contra lo resuelto, la parte actora dedujo recurso de queja (fs. 1/16 de la queja).

6. A fs. 27/31 vuelta de la queja el Fiscal General propició en su dictamen el rechazo del recurso directo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma, no obstante, no podrá prosperar, toda vez que los agravios expresados por la actora no logran rebatir adecuadamente los motivos que tuvo en cuenta la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del argumento central de la resolución de la Cámara que deniega el recurso, que es, en el caso a estudio, que la sentencia impugnada carece de la condición de ser definitiva o equiparable a tal. Esta sola circunstancia resulta suficiente para determinar que la queja interpuesta debe ser rechazada.

3. En este sentido, no está de más recordar que este Tribunal ha establecido como doctrina que “...Es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no constituyen sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza...” (*in re*: “Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—’”, expte. n° 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos*, 313:279, y de este Tribunal *in re*: “Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en ‘Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación’”, expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001; entre muchos otros). Ello es así, aún en los casos en que la cautelar haya sido dispuesta durante el trámite de una acción de amparo, como sucede en esta causa [al respecto, ver la interpretación del TSJ del art. 22 de la ley 2145 en “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008 y “Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 6015/08, sentencia del 1°/10/2008; entre muchos otros].

Por esa razón, corresponde a quien recurre una decisión como la objetada en autos, la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a una definitiva, pues de lo contrario no es viable la intervención del Tribunal en este estado del proceso. A este efecto, no bastan las invocaciones genéricas a derechos o principios constitucionales como las que sustentan el recurso de queja.

4. El recurrente afirma en la queja su imposibilidad de “...costear íntegramente y por sus propios medios, el pago de un alquiler que le permita acceder a una vivienda digna, superando de una forma real y concreta, su estado de efectiva situación de calle” (fs. 8 vuelta). A partir de ello, sostiene que la decisión de la Cámara “...provoca una afectación a nuestro derecho de vivienda digna sin fundamento alguno afectando

—de modo manifiesto— nuestros derechos humanos constitucionales necesariamente relacionados con aquel, constituyendo una sentencia arbitraria que no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido de acuerdo con los cánones establecidos por nuestro Máximo Tribunal Federal de Justicia” (fs. 15/15 vuelta).

No obstante estas afirmaciones, el interesado no ha logrado demostrar que la decisión objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí sostiene, reúna la condición de definitiva con relación a una cuestión constitucional como lo exige el art. 27, ley 402.

Tampoco logra el impugnante acreditar el carácter irreparable de los agravios que invoca, ni rebatir el fundamento dado por la Cámara para sustentar su decisión, esto es, que no se encuentran comprobados problemas físicos y/o psíquicos graves que le impidan desarrollar tareas laborales (fs. 83 de los autos principales), por lo que no es posible sostener que el actor se encuentra en estado de vulnerabilidad social.

En consecuencia, y sin que ello implique pronunciarme acerca de la pertinencia de la medida cautelar que la Sala II dejó sin efecto, sino tan solo por la procedencia del recurso de hecho intentado por la actora, considero que la queja debe ser rechazada.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por la actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios —tal como han sido planteados—, no critican concreta y fundamentalmente las razones dadas por la Cámara al decidir el rechazo del recurso.

La Sala sostiene, y no fue objeto de réplica por la recurrente, que el pronunciamiento impugnado —por el que se revoca la tutela cautelar concedida en primera instancia— no cumple con el requisito de sentencia definitiva establecido por el art. 27 de la ley 402, no acreditando la impugnante que aquella fuera asimilable a una de tal característica (fs. 131/132 vuelta del expte. 46.284/1).

La ausencia de una crítica concreta sobre este razonamiento hace que la queja carezca de la fundamentación exigible a ese tipo de recurso.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con la dictaminado por el Sr. Fiscal General, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la actora a fs. 1/16.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque la actora no rebate suficientemente la razón por la cual la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de sentencia definitiva [conf. la doctrina de mi voto in re “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio Cesar c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008].

2. Por lo demás, aun cuando cupiera equiparar a definitiva la resolución impugnada porque el perjuicio que alega —que le ocasionaría “[quedar] en situación de calle” (fs. 95 del expte. 46284/1)—, por sus características, requiere una tutela inmediata; el planteo que formula la recurrente contra la sentencia objetada, que entendió que la parte actora (un varón de 43 años de edad a cuyo respecto “[...] de la documental acompañada no surge que [...] padezca impedimentos físicos y/o psíquicos graves para desarrollar tareas laborativas”, véase fs. 83 del expte. 46284/1) no se encontraba, en principio, en situación de vulnerabilidad social, remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la

conclusión a la que arribó el *a quo* en el sentido de que "...no se encuentran reunidos entonces los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una vulnerabilidad social..." (fs. 83 del expte. 46284/1).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, voto por rechazar la presente queja interpuesta por la actora.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite Ana María Conde en que la presente queja debe ser rechazada, por los motivos que expondré a continuación.

2. Si bien ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar* en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145 resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad [v. mi voto en minoría *in re*: "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'"], expte. n° 5872/08, resolución del 27/8/2008], el recurso de hecho no puede tener favorable acogida en tanto la parte actora no ha logrado delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

3. En primer lugar, los genéricos argumentos esgrimidos por la accionante con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no se hacen cargo de explicar fundadamente los motivos por los cuales resultaría palmariamente insostenible la decisión resistida que, en este estado larval del proceso, y a la luz de las constancias arrojadas a la causa, afirmó que no se encontraban reunidos los extremos necesarios para sostener que el accionante se encontrara en una situación de vulnerabilidad social en los términos de la ley 4036; lo que impedía entender configurados los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Antes bien, el recurrente propone que este Estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente vinculadas a la situación de la actora, a partir de su discrepancia con los fundamentos que dejaron sin efecto la medida precautoria requerida.

En consecuencia, más allá del acierto o error de lo decidido, no se ha logrado demostrar que el pronunciamiento resistido constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues solo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re*: "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre otros].

4. Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que no ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el particular supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

5. Por lo demás, me permito añadir que, en caso de variar sustancialmente la situación fáctica de la parte actora, nada obsta a que recurra ante los jueces de la causa para acreditar tales extremos y requerir el dictado de una nueva medida provisional pues lo decidido en autos, por tener esa naturaleza, no causa estado.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por la parte actora.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar su acceso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que el amparista no había impugnado una sentencia definitiva.

Agregaron que, aunque el recurso de inconstitucionalidad también puede dirigirse contra una sentencia equiparable a definitiva, “...corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal...” (fs. 131vuelta/132 del incidente n° 46284/1, al que corresponderá la foliatura que mencione a continuación, siempre que no indique lo contrario).

Por fin, concluyeron que “...de los fundamentos expuestos por la parte recurrente (...), no surge acreditado que la sentencia de esta sala le produzca agravios que por su magnitud e irreparabilidad resulten asimilables a una sentencia definitiva. Ello en tanto, pese a sus esfuerzos argumentativos, la actora no logra explicar cuáles son los perjuicios actuales o futuros de carácter irreparable que considera que podría causarle la medida impugnada” (fs. 132).

Los jueces expusieron que la invocación de arbitrariedad no resultaba suficiente para soslayar el requisito de sentencia definitiva.

3. En su queja, el Sr. Altez explica que la decisión de la Cámara que revocó la medida cautelar dispuesta a su favor le provoca un gravamen irreparable, pues lo coloca “...en inminente situación de calle” (fs. 1 vuelta de la queja). Precisa que, con sus magros ingresos, no le es posible costear una vivienda. Y es tajante cuando afirma —y esto conviene transcribirlo— que: “En este caso concreto, no se tuvo presente —al momento de rechazar de manera meramente dogmática el recurso de inconstitucionalidad interpuesto— mi patente situación de vulnerabilidad. Téngase presente que la imposibilidad cierta de acceder a un empleo por el que obtenga un sueldo digno que me permita costear, por mis propios medios, el pago íntegro de un alquiler para acceder a una vivienda digna, se traduce en que si no recibo la asistencia económica habitacional por parte del GCBA retorno directamente a la situación de calle que motivó el inicio de la presente acción de amparo” (fs. 9 vuelta de la queja).

Las manifestaciones reseñadas satisfacen la carga de fundamentación prevista en el párr. 2° del art. 33 de la LPTSJ.

4. Quiero añadir que es difícil imaginar una consecuencia más gravosa e irremediable que vivir en la calle. Se trata de un sufrimiento cuya reparación posterior es francamente imposible. Sorprenden, por ello, los términos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que, con ligereza, tuvo por no acreditado este aspecto.

Para los magistrados de la Sala II, cuando el amparista sostiene que su decisión de fondo tiene como consecuencia devolverlo a la situación de calle, no logra explicar cuáles son los perjuicios que aquella le irroga.

Como tengo dicho,¹¹³ los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

5. Por las razones expuestas, y en atención a que el derecho invocado por el actor requiere tutela inmediata, corresponde admitir la queja en análisis y tratar los agravios vertidos en su recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad:

6. El Sr. Oscar Javier Altez promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) con la que requirió, como medida precautoria, su incorporación en uno de los programas habitacionales creados por la parte demandada, “los que deberán proveer ‘una prestación que comporte un auxilio cierto, concreto y suficiente para el acceso a un alojamiento que reúna condiciones dignas de habitabilidad’” (fs. 1 vuelta).

7. A fs. 45/47 vuelta, la jueza de primera instancia tuvo por acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y concedió la tutela cautelar requerida.

Explicó que “[l]a situación de extrema vulnerabilidad social del amparista (social y habitacional) puede tenerse prima facie por acreditada con el informe social (...) del que surge que el actor ‘...atraviesa una situación habitacional extrema, dado que se encuentra en situación de calle... no cuenta con los medios necesarios y suficientes para acceder de modo autónomo a una vivienda y no puede revertir dicha situación por su propia cuenta’.

“Asimismo, es dable destacar que el referido informe concluye que el amparista ‘se encuentra en una relación de dependencia de la asistencia estatal para satisfacer su necesidad habitacional’. Lo anteriormente referido se corrobora mediante la nota de derivación del BAP en la que se desprende que el actor se encuentra en efectiva situación de calle...” (fs. 46 vuelta/47).

Señaló, por fin, que “[d]e los dichos invocados en la demanda y de las constancias obrantes en el *sub examine*, se evidencia el riesgo que corre la salud física y psíquica del amparista, quien no puede cubrir sus necesidades de alojamiento en condiciones

¹¹³ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

dignas de habitabilidad, encontrándose configurado en el caso el *peligro en la demora*” (fs. 47, destacado en el original).

8. En el recurso de apelación de fs. 53/58 vuelta, el demandado no incluyó una sola línea destinada a poner en crisis las razones que el magistrado de primera instancia considerara para hacer lugar a la medida cautelar.

Allí, en cambio, se agravio de que la prestación objeto de la condena cautelar se apartaba de lo previsto en el dec. 690/06, y que por ello resultaba de cumplimiento imposible.

Sostuvo, a su vez, que no concurría el requisito de verosimilitud del derecho porque “no existe acto administrativo, hechos u omisiones que puedan imputarse a las autoridades del GCBA, por lo cual no puede concurrir el requisito de verosimilitud del derecho, entendida como verosimilitud de la ilegitimidad del acto u obrar impugnado, ello en razón que no puede haber apariencia de aquello que es inexistente”. Explicó que, por las mismas razones, no podía tenerse por acreditado el peligro en la demora (fs. 56 vuelta y 57).

Dedicó el resto de su presentación a denunciar una “invasión por parte del Poder Judicial de la zona de reserva y de las prerrogativas constitucionales de la Administración” (fs. 57 vuelta).

9. La mayoría de la Cámara del fuero no trató ninguno de los agravios reseñados en el punto anterior. En cambio, se limitaron a efectuar una reseña de los antecedentes familiares, laborales y de salud del actor.

Como conclusión de lo expuesto, manifestaron que “toda vez que, de la documental acompañada no surge que el Sr. Altez padezca impedimentos físicos y/o psíquicos para desarrollar tareas laborativas, razonablemente se podría pensar, en este acotado marco, que lograría insertarse en el mercado laboral. Al ser ello así no se encuentran reunidos entonces los extremos necesarios para sostener, en principio, la existencia de una vulnerabilidad social que imponga a esta sala confirmar la cautelar dictada en la instancia de grado” (fs. 83).

10. En este escenario, no cabe más que concluir que asiste razón a la parte actora cuando sostiene —en su recurso de inconstitucionalidad— que el fallo de la Sala II es violatorio del principio de congruencia (fs. 103 y ss.), lo que constituye una afectación del debido proceso legal. El Sr. Altez, además, explica adecuadamente que los vocales decidieron una cuestión no propuesta y consentida por la contraparte.

11. Por las razones expuestas, corresponde i) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el Sr. Oscar Javier Altez, revocar la sentencia impugnada, y dejar subsistente la de primera instancia que concedió la tutela cautelar. Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Oscar Javier Altez.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXLVI - INGYTEC SRL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GCBA C/INGYTEC SRL S/EJ. FISC. - ING. BRUTOS CONVENIO MULTILATERAL

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.217/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe;

RESULTA:

1. INGYTEC S.R.L. (en adelante, INGYTEC) acude en queja ante este Tribunal (fs. 14/20 vuelta) a fin de sostener el recurso de inconstitucionalidad que dedujera contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que declaró desierto su recurso de apelación con sustento en el art. 236 del CCAyT.

La Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte demandada (fs. 12/13). Consideró que las decisiones recaídas en los juicios ejecutivos y de apremio son insusceptibles, por regla, del recurso intentado pues carecen del carácter definitivo exigido por el art. 27 de la ley 402, y que el recurrente no había acreditado que la sentencia le causara un perjuicio irreparable. Además sostuvo que lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso remitía al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal propia de los jueces de la causa.

En su queja, INGYTEC reiteró las consideraciones efectuadas en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad y calificó de arbitraria la resolución que había rechazado su apelación aduciendo que era manifiestamente arbitraria y contraria a derecho, y que importaba un cercenamiento grave del derecho de defensa.

2. En el caso, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) promovió ejecución fiscal contra INGYTEC a fin de obtener el cobro de la suma de pesos ciento ochenta y un mil ochenta y dos con setenta centavos (\$ 181.082,70) en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos por los anticipos mensuales 12 del año 2001 y 1 a 12 de los años 2002 a 2007 en virtud de la resolución 34-AGIP-11 dictada en el expediente administrativo 100.717/10 (fs. 28/32).

La ejecutada opuso excepciones de inhabilidad de título y litispendencia (fs. 33/37).

A su turno, el magistrado de primera instancia rechazó las excepciones y mandó llevar adelante la ejecución con intereses y costas (fs. 65/66).

3. Disconforme con lo decidido, INGYTEC interpuso recurso de apelación (fs. 67).

Los agravios contenidos en el memorial fueron contestados por el GCBA (fs. 68/74).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió declarar desierto el recurso de apelación interpuesto (fs. 2/2 vuelta).

Para resolver de esta forma, *a quo* entendió que "...no hay agravios para entender en la Alzada" toda vez que "...la expresión de agravios planteada por la apelante (...) no constituye una crítica concreta y razonada de la resolución recurrida que

considera errónea, limitándose a reiterar concepto [sic] vertidos en escritos anteriores y manifestaciones generales que solo traducen su discrepancia con los términos de la resolución” (fs. 2 vuelta).

4. Contra la sentencia de la Cámara, INGYTEC interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/11 vuelta). En el remedio intentado el demandado planteó que el pronunciamiento de la Sala I era arbitrario por no haber ponderado debidamente la prueba documental y pericial acompañada al expediente.

El GCBA contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 79/86 vuelta).

La Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en los términos que se relatan en el punto 1, lo que dio origen a la queja que tramita ante el Tribunal.

5. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto opinó que corresponde rechazar la queja deducida por la demandada por entender que no contiene una crítica concreta y razonada del pronunciamiento denegatorio, toda vez que los argumentos desarrollados constituyen una reiteración de los ya expresados en su planteo de inconstitucionalidad. Adicionalmente, advirtió que el recurso fue correctamente denegado, porque la sentencia contra la que se dedujo no es definitiva (fs. 93/96).

6. A fs. 98 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ALICIA E. C. RUIZ, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de queja:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante este tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402. Sin embargo, su suerte adversa está sellada en tanto el recurrente no ha logrado articular adecuadamente agravios constitucionales, lo que torna inatendible en esta instancia tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de hecho que lo sostiene.

2. En efecto, la queja tacha de arbitrario el pronunciamiento de la Sala I, pero los agravios, tal como han sido planteados, no satisfacen la carga de realizar una crítica concreta y fundada de las razones por las cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad —ausencia de sentencia definitiva o equiparable a tal y falta de configuración de la causal de arbitrariedad— (conforme lo resuelto por el Tribunal *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis -causa n° 665-CC/2000- s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 92 y ss.; entre otros). Dicha omisión obsta a la procedencia del recurso intentado puesto que, en razón de lo expuesto, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrar la satisfacción de la apuntada exigencia (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

Es que el recurrente no intentó siquiera rebatir los fundamentos centrales por los cuales la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad, limitándose a reeditar el texto completo de aquella pieza sin rebatir el auto denegatorio emitido por el *a quo*.

A lo expuesto cabe añadir que las apuntadas deficiencias de fundamentación, tal como ya ha resuelto este Estrado en reiterados precedentes, no se suple con la referencia ritual a derechos constitucionales pues esta resulta insuficiente para habilitar la vía recursiva ante este Estrado si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento; de lo contrario, si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido de ordinario en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

3. En primer lugar, debió rebatir que las decisiones recaídas en juicios ejecutivos no constituyan, como principio, sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, como lo sostuvo la alzada. De tal modo, era menester que INGYTEC acreditara que la que aquí nos ocupa podría calificar como uno de los “casos anómalos” a que hace referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para considerar procedente el remedio extraordinario federal contemplado por el art. 14 de la ley 48 en apremios y ejecuciones fiscales, doctrina aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local (véase reseña de los llamados *casos anómalos* en mi voto en la causa “GCBA c/Scrum SA s/ejecución fiscal s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2584/03, sentencia del 9/3/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 188 y ss., a la que también hice referencia en la causa “Asociación Civil Hospital Británico de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “GCBA c/Hospital Británico de Buenos Aires s/ejecución fiscal”, expte. n° 2816/04, resolución de fecha 16/6/2004 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 533 y ss., y en “Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 4426/05, resolución de fecha 21/6/2006, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VIII, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 677 y ss.).

Sin embargo, es posible advertir que ninguna argumentación ha sido esgrimida por la interesada a los fines de equiparar la resolución impugnada a una de naturaleza definitiva; circunstancia que resulta suficiente para sellar la suerte adversa de la presentación obrante a fs. 14/20 vuelta.

4. Asimismo, debe destacarse que los planteos esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad que esta queja sostiene, trasuntan la discrepancia de la parte demandada con la resolución de la Sala I que rechazó su recurso de apelación por considerar que el memorial de agravios no contenía una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia que había rechazado las excepciones y mandado llevar adelante la ejecución promovida por el GCBA en concepto de anticipos (períodos 12 del año 2001; y 1 a 12 de los años 2002 a 2007, ambos inclusive) del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

Desde esta perspectiva, se advierte que las objeciones formuladas por el recurrente, focalizadas en insistir con la inexistencia de la deuda objeto del apremio y la configuración en el caso de un exceso ritual manifiesto, reflejan un error conceptual decisivo sobre el objeto del recurso de inconstitucionalidad deducido —que debía de-

mostrar, necesariamente, agravios de naturaleza constitucional emergentes de la ya referida declaración de deserción del recurso de apelación que adoptara la Cámara, y no dirigirse a criticar el fallo de primera instancia—, y remiten a la consideración de cuestiones de hecho y de índole procesal que, por regla, resultan ajenas a esta instancia recursiva extraordinaria.

En este punto, cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosos precedentes que “...lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario” (conf. causa “Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina - Poder Judicial de la Nación”, sentencia del 7/12/1988, *Fallos*, 311:2629; ver idéntica doctrina en *Fallos*, 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, la que resulta aplicable, *mutatis mutandi*, al recurso de inconstitucionalidad local).

5. En suma, el remedio intentado carece de la necesaria crítica de los ejes argumentales que dieron sustento a la decisión denegatoria del *a quo*, y no logra demostrar, por ende, que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y los derechos constitucionales genéricamente invocados.

En virtud de las consideraciones que anteceden, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, me pronuncio por el rechazo de la queja interpuesta por INGYTEC S.R.L.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La pieza recursiva de Ingytec S.R.L. que luce a fs. 14/20 vuelta fue recibida en el Tribunal dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402 para la interposición de un recurso de queja. Sin embargo, debe ser rechazada.

2. Como lo expliqué al votar en “Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal’”, expte. n° 4426/05, resolución del 21/6/06, entre otros antecedentes, “[e]s requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ in re “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis –causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001)”.

En su presentación directa la ejecutada no dedica una sola línea a fundar la habilitación de instancia que persigue. El escrito de Ingytec S.R.L. no contiene ninguna crítica del auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, la empresa no cumplió siquiera mínimamente con la carga de demostrar el error en el cual a su juicio habría incurrido la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario al cerrar su acceso al Tribunal.

En síntesis, la pieza obrante a fs. 14/21 no constituye, técnicamente, un recurso de queja y, tal como sostuve en otras oportunidades, ése es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque —como es sabido— no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo.

En consecuencia, las deficiencias de la presentación en examen definen su rechazo e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

3. Por las razones apuntadas, voto por no hacer lugar a la queja intentada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como sostienen mis colegas, Dres. Casás y Ruiz, la queja deducida por la ejecutada presenta serias falencias argumentativas que impiden su progreso, pues carece de una crítica seria del auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad.

En dicha resolución, la Cámara había denegado el recurso extraordinario local fundándose en que la decisión atacada había sido dictada en el marco de un juicio ejecutivo, por lo que —en principio— carecía del carácter definitivo exigido por el art. 27 de la ley 402, y el recurrente no había acreditado la configuración de un perjuicio irreparable que permita realizar una excepción a la mencionada regla general. En su queja, la ejecutada ni siquiera intentó refutar este fundamento, por el contrario, se centró en denunciar un supuesto de “sentencia arbitraria” e invocar la afectación de distintos derechos constitucionales, lo cual no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo (conf. *Fallos*, 304:749, 304:1717, 306:1679, 312:311, entre otros).

Por estos motivos, considero que esta queja debe ser rechazada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde rechazar la presente queja porque el recurso de inconstitucionalidad que INGYTEC SRL pretende traer a conocimiento del Tribunal no está dirigido contra la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. Ello así, toda vez que la Cámara se limitó a expedirse acerca de la procedencia de un recurso, declarando desierta la apelación de la recurrente por no cumplir, a su juicio, con las previsiones del art. 236 del CCAyT (conf. fs. 2/2 vuelta). Por su parte, la recurrente no muestra que esa decisión deba ser equiparada a una de la especie mencionada por constituir un obstáculo que frustre arbitrariamente la revisión que a este Tribunal le encomienda el art. 113, inc. 3º, de la CCABA, por la vía de eludir el superior de la causa la emisión del fallo que pone fin al pleito —conf. *mutatis mutandis Fallos*, 35:302, doctrina receptada en mis votos en “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 6024/08, sentencia del 17/12/2008; “GNC S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en GNC S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos”, expte. n° 6039/08, sentencia del 11/3/2009, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en `Cornejo, María Laura c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 6610/09, sentencia del 16/9/2009; “Flambo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Flambo SA c/GCBA s/impugnación actos administrativos’”, expte. n° 7964/11, sentencia del 14/11/2011.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Rechazar* la queja interpuesta por INGYTEC S.R.L.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCXLVII - MARTÍNEZ, AGUSTÍN ALEJANDRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MARTÍNEZ, AGUSTÍN ALEJANDRO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional. Arbitrariedad de sentencia: improcedencia.

.....

Expte. SACAyT n° 10.093/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Agustín Alejandro Martínez dedujo queja (fs. 1/16vuelta) con motivo de la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa 'Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido, expte. n° 6754/09' (conf. la decisión de este Tribunal del 13/7/2010)— resolvió “...admitir el recurso interpuesto por la demandada y, en consecuencia, rechazar la presente acción de amparo” (conf. fs. 422 de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

2. El *a quo* sostuvo que, con posterioridad a la mencionada sentencia de este Tribunal, se dictó la ley 4036, cuyo objetivo es “...el reconocimiento integral de los Derechos y Garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (conf. fs. 421/421vuelta de los autos principales). Así, entendió que correspondía resolver los planteos que el GCBA había formulado contra la sentencia de grado a la luz de esa nueva normativa. En ese orden de ideas, afirmó que “...el demandante no ha logrado acreditar, a criterio del tribunal, aquel estado de vulnerabilidad social que resulta presupuesto de la decisión que solicitó. En la actualidad, no puede dejar de señalarse que estamos ante una persona mayor de edad, sana, que no ha demostrado de manera alguna verse impedid[a] de laborar. Tales circunstancias llevan, en suma, a admitir el recurso deducido por el GCBA” (conf. fs. 422 de los autos principales). Con carácter previo a ello, había señalado que “...del último informe socio-ambiental obrante en autos (véase fs. 396/399) se desprende que el demandante (al iniciar la demanda, de 34 años) vivía solo en una habitación, con cocina y baño compartidos, que alquilaba por la suma de ochocientos pesos (\$800). El actor denunció el interés en finalizar sus estudios secundarios, que tuvo que interrumpir con motivo del fallecimiento de su padre.// El actor relató que se había desempeñado siempre en el mercado informal de trabajo y en el rubro gastronómico; sin embargo, a la fecha del informe (24/8/2011), afirmó que trabajaba como ayudante de constructor de obra en forma esporádica, tarea por la que percibía la suma de cincuenta pesos (\$50) por día” (conf. fs. 422).

3. En su recurso de inconstitucionalidad la parte actora sostuvo que *i)* la Cámara había obrado en exceso de jurisdicción al resolver que no está en situación de vulnerabilidad porque el GCBA no había cuestionado esa situación al contestar la demanda; *ii)* la sentencia era arbitraria porque había arribado a la conclusión de la ausencia de una situación de vulnerabilidad, que no se desprendía de las constancias de la causa; *iii)* la sentencia encontraba apoyo únicamente en las presunciones de los jueces que la firmaban, y *iv)* tanto la C.N. (conf. el art. 14 bis), la CCABA local (conf. el art. 14), la DADDH, la DUDH y el PIDESyC le acordaban al actor el derecho a que el Estado atendiera su necesidad habitacional. En ese orden de ideas, manifestó que esas normas establecían que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (conf. fs. 441vuelta). Asimismo, expresó que “[e]l rechazo de la acción de amparo dispuesta, implica la omisión de otorgarle la asistencia debida en atención a su manifiesto estado de vulnerabilidad, no cuestionado en momento alguno por la parte demandada, y ese comportamiento omisivo, —hoy legitimado por la alzada—, es el que constituye el objeto de impugnación por constituir una clara violación al principio de no regresividad” (conf. fs. 442vuelta).

Finalmente, señaló que la decisión de Cámara constituía una violación a la tutela judicial efectiva porque “...conduce a mi patrocinado a encontrarse en situación de calle” (conf. fs. 443vuelta).

4. Luego de contestado el traslado conferido, la Sala II declaró inadmisibles dicho recurso porque entendió que el actor no había planteado una cuestión constitucional que habilitara la competencia del Tribunal (conf. fs. 460/462).

5. El Fiscal General opinó que el Tribunal debería rechazar la queja porque no se había planteado una cuestión constitucional (conf. fs. 23/26 vuelta de la queja).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— no obstante debe ser rechazada en tanto no logra rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un caso constitucional (arts. 113, inc. 3º, de la CCABA y 27 de la ley 402).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en su pronunciamiento de fecha 11/4/2013 —y en el marco de ordenado por este Tribunal (véase fs. 292/294)— luego de evaluar un nuevo informe socio ambiental (fs. 396/399) concluye que el demandante no ha logrado acreditar el estado de vulnerabilidad que resulta presupuesto de la decisión que solicita. En tal sentido los jueces afirman “...estamos ante una persona mayor de edad, sana, que no ha demostrado de manera alguna verse impedida de laborar.” (véase fs. 422).

Los agravios ventilados por la parte no alcanzan a rebatir lo resuelto conformando meras discrepancias que solo revelan el desacuerdo con lo decidido y que en modo alguno alcanzan a configurar un genuino caso constitucional.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan des-

calificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “*sentencia fundada en ley*”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por las consideraciones vertidas, la queja interpuesta por la parte actora debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja deducida por el actor fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402; sin embargo no puede prosperar.

2. En primer lugar, es posible advertir que los agravios vertidos en la queja no satisfacen la carga de realizar una crítica concreta y razonada de los argumentos por los cuales la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad. En este sentido, este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los motivos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* “Guglielmone, María Dolores s/ art. 74 CC s/recurso de queja”, expte. n° 291/00, resolución del 22/3/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 60 y ss.).

Las circunstancias indicadas resultan suficientes para concluir que la queja del accionante no puede prosperar.

3. Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que, además, la queja padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCABA]”, expte. n° 3264/04, resolución del 23/5/03). Es decir, que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación del principio de congruencia y de la tutela judicial efectiva.

Ello es así puesto que en ninguna de sus presentaciones el amparista logró vincular los principios constitucionales que dice afectados con las razones dadas por la Cámara para fundar su sentencia. En efecto, más allá del acierto o error en la interpretación de la ley 4036, los jueces del Tribunal *a quo* entendieron que el actor no se encontraba en una situación de vulnerabilidad al ponderar las circunstancias sociales, laborales y familiares que obran en la causa para sustentar la decisión de no incluirlo dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional (conf. asimismo doctrina de este Tribunal en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte n° 6754/09). Frente a esta conclusión, materia que en principio es privativa de los jueces de mérito, el recurrente no ha logrado mostrar la arbitrariedad que alega en cuanto a lo que la Cámara entendió en el sentido de que “...el accionante no ha logrado acreditar, a criterio del Tribunal, aquel estado de vulnerabilidad social que

resulta presupuesto de la decisión que solicitó” y que “...no puede dejar de señalarse que estamos ante una persona mayor de edad, sana, que no ha demostrado de manera alguna verse impedida de laborar” (fs. 422 de los autos principales).

Por ello, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el actor a fs. 1/16 vuelta.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, por los argumentos que se expondrán a continuación.

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí se sostiene, el actor pretende cuestionar el decisorio emitido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a raíz del pronunciamiento de este Tribunal que, por mayoría, dispuso el reenvío de las actuaciones a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[er]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09” —parte dispositiva que acompañé con los alcances resultantes de mi voto y de las consideraciones vertidas *in re*: “Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6153/09, sentencia del 12/5/2010, donde hice un exhaustivo tratamiento de diversas cuestiones vinculadas al programa habitacional cuestionado— (fs. 292/331 de los autos principales).

En ese contexto, y en lo que aquí importa, el *a quo* resolvió admitir el recurso de la demandada y, en consecuencia, rechazar la presente acción de amparo (fs. 421/422 de los autos principales). Para así decidir, destacó que el demandante no había logrado acreditar encontrarse en una situación de vulnerabilidad social que requiriera prioritaria tutela por parte del GCBA en la medida que era un hombre adulto “(al iniciar la demanda, de 34 años)”, sin menores a cargo, sin problemas de salud y que en ese contexto no había demostrado verse impedido de laborar.

3. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Sin embargo, el recurrente no se hace cargo de que el reenvío de la causa al *a quo* fue dispuesto por este Tribunal en el decisorio obrante a fs. 292/331, que aplicó al caso la doctrina del precedente “Alba Quintana”, y en virtud del cual se ordenó a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario verificar que el GCBA, al no renovar el subsidio en cuestión, hubiese respetado la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos del caso.

Así pues, estos planteos no se dirigen a demostrar que el control efectuado por los jueces de la causa se hubiese apartado de lo ordenado oportunamente por este Tribunal; tampoco explican por qué sería un desacierto de gravedad extrema que el *a quo* haya fallado con aplicación de las normas infraconstitucionales que entendió vigentes para el caso *sub examine* al momento del dictado del pronunciamiento hoy resistido. En consecuencia, los argumentos desplegados lucen genéricos y desconectados de las constancias de la causa, por lo que no es posible entender configurado un caso constitucional en este punto.

4. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6° de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron que “el demandante no ha logrado acreditar, a criterio del tribunal, aquel estado de vulnerabilidad social que resulta presupuesto de la decisión que solicitó. En la actualidad, no puede dejar de señalarse que estamos ante una persona mayor de edad, sana, que no ha demostrado de manera alguna verse impedida de laborar” (conf. fs. 422 de los autos principales). Consideraciones estas que deben entenderse acotadas al control judicial sobre la actividad de la Administración cuestionada en autos, que decidió no renovar el plan habitacional respecto del actor; pero que no implican que, ante circunstancias coyunturales de pérdida de tonicidad en la demanda de mano de obra no calificada, no puedan atemperarse esos efectos por otro tipo de régimen de asistencia nacional o de la Ciudad frente a una demostrada situación de paro.

Así, en lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación del accionante, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (v. gr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional;

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento o como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

5. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaran los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien el recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “no consagran una operatividad di-

recta, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. cons. 11° del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales¹¹⁴ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros).

En suma, entiendo que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

¹¹⁴ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

6. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo respetar, en las circunstancias valoradas por los jueces de mérito, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho del accionante, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por el actor debe ser rechazada.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Tiene razón la parte actora en cuanto sostiene que la Cámara omitió tratar la cuestión por la cual este Tribunal le devolvió competencia con la decisión del 13/7/2010 (conf. el punto 1 de los “resulta”), esto es, analizar si la parte actora cumplía las condiciones previstas en el dec. 960/08 y si había demostrado estar comprendida en alguna de las prioridades previstas en el art. 31 de la CCABA.

La decisión de Cámara encontró apoyo exclusivamente en la circunstancia de que, a juicio de los jueces que firmaron la decisión que viene recurrida, la parte actora no está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036 (conf. el punto 2 de los “Resulta”). Empero, ello nada dice acerca de si la parte actora está en alguna de las “prioridades” mencionadas. Cuando el Legislador define a ciertas personas como vulnerables son también prioritarias respecto de quienes no lo son; pero no se sigue de ello que quienes no están en los supuestos de vulnerabilidad que define la ley no están, por lo mismo, en situación prioritaria. Un ejemplo lo muestra. Que el presidente de los Estados Unidos sea una persona mundialmente conocida, no permite concluir que quienes no lo son sean desconocidos. Madona es mundialmente conocida y no es, ni fue, presidente de los Estados Unidos.

2. En ese marco, corresponde revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento que dé cumplimiento con lo ordenado por este Tribunal el 13/7/2010.

Por ello, voto por hacer lugar a la queja, revocar la de fs. 421/422, y devolver la actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a aquí resuelto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y

alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido a el contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹¹⁵

¹¹⁵ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit

que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)"

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Esta-

dos interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para ha-

bilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹¹⁶ o “Sejean”¹¹⁷ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

6. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

¹¹⁶ 347 Scotus 483 (1954).

¹¹⁷ *Fallos*, 308:2268 (1986).

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula elegida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable, ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho,¹¹⁸ los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual el Sr. Martínez no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de un hombre de 40 años nacido en Salta, que no cuenta con estudios secundarios completos, que carece de toda contención familiar o social y se sostiene con los exiguos ingresos que obtiene en la economía informal. Al señalar que el actor “no ha demostrado de manera alguna verse impedido de laborar” (nótese que el amparista, en su presentación, de hecho relató los variados trabajos que realiza), los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la edad, el ser un migrante interno, la limitada instrucción y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena

¹¹⁸ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolosa” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

8. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, *b)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Agustín Alejandro Martínez.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXLVIII - MADDALENI, RITA MARINA ANDREA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MADDALENI, RITA MARINA ANDREA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional.

Expte. SACAyT n° 10.029/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Rita Marina Andrea Maddaleni promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyó al demandado. Precisó, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de un subsidio, que este debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características (fs. 1/19 de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, salvo indicación expresa).

Como medida cautelar, solicitó su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes.

2. La jueza de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida —decisión que fue apelada por la parte demandada dando lugar a la incidencia de la que se da cuenta en los apartados 6 y 7 de este relato— y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo, "...ordenando a la Administración [que] continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que a la Sra. Rita Marina Andrea MADDALENI, se le otorgue alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad socio-económica ha cesado" (fs. 166). La magistrada también declaró la inconstitucionalidad de la modificación introducida por el art. 2º del dec. 167/11 al art. 5º del dec. 690/06.

3. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 171/185). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso y rechazó la acción de amparo. Para así decidir, los jueces sostuvieron que la actora no había acreditado su situación de vulnerabilidad social, pues se trataba "...de una mujer sola, sin hijos de mediana edad (43 años), que no posee problemas serios de salud y solo carece de una relación de empleo formal, aunque cuenta con estudios terciarios concluidos..." (fs. 220).

4. Contra el fallo de la Cámara, la amparista interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 245/264 vuelta), cuya denegatoria dio lugar a la queja que tramita bajo el n° 10029 (fs. 1/14).

5. Previo a dictar la sentencia reseñada en el punto 3, la Cámara del fuero hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el GCBA contra la medida cautelar concedida a la Sra. Maddaleni y la dejó sin efecto (fs. 135/136 del incidente n° EXP 39977/1).

Ello motivó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por la parte actora, que los jueces *a quo* declararon inadmisibles.

6. La amparista acudió en queja ante el Tribunal (expte. n° 10418). A fs. 129, la Sra. jueza de trámite resolvió la acumulación del expte. n° 10418 al expte. n° 10029.

7. Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta propició: i) admitir la queja del expte. n° 10.029 y rechazar el recurso de inconstitucionalidad; y ii) rechazar la queja del expte. n° 10.418 (fs. 131/135 de la queja).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Corresponde rechazar la queja n° 10029, deducida a fs. 1/14, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el *a quo* haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y el voto del juez Lozano *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no había suscitado agravio del GCBA, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el *a quo* excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia (v. gr., “...que la actora es una mujer sola, sin hijos[,] de mediana edad (43 años), que no posee problemas serios de salud y solo carece de una relación de empleo formal, aunque cuenta con estudios terciarios concluidos...”, V. fs. 82)— colocaban o no a la actora dentro de la clase “personas en situación de vulnerabilidad social” según la define el art. 6° de la ley 4036; ni por qué la pretensión recursiva del GCBA de que se revocara la sentencia de primera instancia y se rechazara el amparo no imponía establecer si la situación de la actora generaba la obligación cuya titularidad el GCBA negaba.

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (fs. 94 vuelta) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y que “...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona” (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que,

en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. el voto que conjuntamente suscribimos *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘K.M.P. c/GCBA s/amparo” (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no viene controvertida.

4. Finalmente, en cuanto a la tacha de arbitrariedad que la recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el *a quo* en el sentido de que “...la orfandad probatoria en relación a los aspectos centrales del litigio, imponen desestimar la acción deducida” (fs. 82).

5. Por intermedio de la queja n° 10.418, la recurrente controvierte la decisión de Cámara que dejó sin efecto la medida cautelar que había sido concedida en primera instancia, consistente en que la demandada “...otorgase alojamiento a la actora, en un ámbito adecuado, o bien, los fondos suficientes para acceder a ello, hasta tanto existiese una sentencia definitiva y firme en estas actuaciones” (fs. 135 del incidente). En tales condiciones, corresponde rechazar también la queja de fs. 110/124, en atención a que la medida cautelar cuya procedencia venía controvirtiendo la actora suponía que no había recaído sentencia definitiva, puesto que aun cuando los términos de la cautelar otorgada en primera instancia habían supeditado su vigencia a que la sentencia definitiva estuviera firme, no es dudoso que una vez recaída dicha sentencia —esté o no firme, pero sí ejecutoriada— si esta rechaza la pretensión, la cautelar deja de cumplir el propósito de “...asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva...” (art. 15 de la ley 2145) para, al contrario, obstruirlos; por lo que, el rechazo de la queja n° 10029 determina que no subsiste el interés jurídico denunciado por la recurrente en la queja n° 10418, por lo que corresponde rechazarla también.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Expte. 10029/13

1. En mi concepto, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, pues el recurrente no ha logrado acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA.

2. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento.

En este sentido, la actora no ha logrado evidenciar que los jueces de la causa hayan fallado por fuera de lo pretendido por el GCBA, en la medida que la demandada oportunamente resistió la condena impuesta, ni ha demostrado que los magistrados intervinientes hayan introducido cuestiones ajenas a la *litis* para arribar al decisorio que la agravia.

En suma, tal como afirman mis colegas Conde y Lozano, en este punto no se ha demostrado que, en virtud de la pretensión recursiva incoada por la demandada, la alzada haya extralimitado su jurisdicción apelada al examinar la situación de la actora

a la luz de las normas vigentes en la materia y arribar así a una solución distinta a la propiciada por la primera instancia; máxime cuando en los procesos de amparos —y específicamente en aquellos en los que debaten obligaciones vinculadas a derechos sociales— debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia (doctrina de *Fallos*, 300:844; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros).

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6° de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa destacaron que “únicamente se encuentra acreditado que la actora es una mujer sola, sin hijos, de mediana edad (43 años), que no posee problemas serios de salud y solo carece de una relación de empleo formal, aunque cuenta con estudios terciarios concluidos” (conf. fs. 220, autos principales).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación de la accionante, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (v. gr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaron los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, tal como destacan mis colegas Conde y Lozano, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, to-

dos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. cons. 11º del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales¹¹⁹ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305. XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416. XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros).

En suma, coincido con mis aludidos colegas en que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

¹¹⁹ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido por los jueces de mérito en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo respetar, en las circunstancias actuales, el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—. En caso de variar sustancialmente la situación de hecho de la accionante, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Expte. 10418/13

Dado el modo en que se resuelve en los autos principales, deviene inoficioso el tratamiento del recurso de la queja correspondiente al expte. n° 10418.

Por los motivos expuestos, las quejas deducidas por la parte actora deben ser rechazadas.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional (arts. 113, inc. 3°, de la CCABA y 27 de la ley 402).

2. La recurrente se agravia al considerar que el pronunciamiento dictado por la alzada afecta el *principio de congruencia*. Entiende que la Cámara se expide sobre su situación de vulnerabilidad sin que este punto fuera controvertido por la demandada al apelar.

Debe destacarse al respecto que el GCBA expresamente plantea en su recurso de apelación “la inexistencia de un derecho vulnerado”. Afirmo que el juez de primera instancia no ha advertido que la actora carece de título jurídico para exigirle al demandado la realización de una determinada conducta. Destaca que “el actor no es titular de derechos subjetivos ciertos, e incontestables, que habiliten la procedencia del amparo constitucional (...) [y que] No concurren por parte del GCBA acciones, hechos, u omisiones que puedan ser calificadas de abusivas o lesivas de los presuntos derechos de la actora” (véase fs. 178/ vuelta del expte. 39977/0).

Estas afirmaciones necesariamente habilitan a la interpretación normativa respecto de la situación de vulnerabilidad social en la que pudiera encontrarse la actora —conf. art. 6° ley 4036— para resolver, motivo por el cual el planteo referido a la congruencia debe ser desestimado, toda vez que no se alcanza a demostrar acabadamente que los Sres. jueces de Cámara hubieran fallado por fuera de lo pretendido.

3. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que “...las cuestiones que fueron

objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen, todas ellas de carácter infraconstitucional. (...) las garantías y principios genéricamente invocados [por la actora] no guardan relación directa e inmediata con lo decidido; no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma clara y precisa con la naturaleza de la decisión adoptada” (fs. 100 y vuelta).

De conformidad con lo expuesto, los planteos formulados por la apelante en su presentación remiten necesariamente al relevamiento de cuestiones de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036), la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma del accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)—, cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada, que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

4. Finalmente, atento a cómo se resuelve en los autos principales, el tratamiento de la queja interpuesta en los autos n° 10.418 (acumulados al presente) contra el rechazo de la medida cautelar recurrida deviene abstracto.

5. Por las consideraciones expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Anticipo que el voto que emito respecto del fondo de la cuestión traída a decisión (expte. n° 10.418) torna abstracto el tratamiento del rechazo de la medida cautelar recurrida en autos (expte. n° 10.029).

2. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

3. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

4. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

5. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹²⁰

¹²⁰ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)"

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

6. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolosa” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para ha-

bilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹²¹ o “Sejean”¹²² o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

7. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo

¹²¹ 347 Scotus 483 (1954).

¹²² *Fallos*, 308:2268 (1986).

de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar un estado de vulnerabilidad suficiente. La fórmula elegida indigna por su hipocresía y es de una ambigüedad insalvable. ¿cuál es el criterio que define el umbral de vulnerabilidad que haría procedente la demanda? Es que, como tengo dicho,¹²³ los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual la Sra. Maddaleni no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer de 42 años que carece de toda red de contención familiar. Al señalar que la actora “solo carece de una relación de empleo formal, aunque cuenta con estudios terciarios concluidos”, los magistrados eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la edad y la precariedad habitacional constituyen para ese fin.

8. *Tutela efectiva y función jurisdiccional:*

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede ad-

¹²³ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

ministrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

9. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el dec. 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

Por las razones expuestas, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

10. En este contexto, reitero que un pronunciamiento del Tribunal respecto de la presentación que tramita en el expte. n° 10029 es abstracto, y así corresponde declararlo.

11. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora en el expte. n° 10.418, *b)* declarar abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad que tramita en el expediente 10.029 y *c)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* las quejas interpuestas por Rita Marina Andrea Maddaleni.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con las quejas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXLIX - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN RODRÍGUEZ, LORENA SILVANA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 9758/13 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso queja ante este Estrado (fs. 33/39) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 698/700 vuelta de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa), que confirmó la sentencia de grado que había resuelto hacer lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó al GCBA que incluyera a la actora y a sus tres hijos menores de edad "...en un programa habitacional que les permita acceder a una vivienda acorde con las necesidades actuales y costos reales, que estime pertinentes siempre que aseguren la posibilidad de contar con una vivienda digna de tipo independiente, por el tiempo que resulte necesario, y mientras perduren las circunstancias que dieron origen a la presente acción..." (fs. 612 vuelta).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara hizo hincapié en la situación de hecho de la actora (mujer, a cargo de tres hijos menores de edad y que se encuentra en situación de vulnerabilidad) a la luz de lo establecido en Pactos internacionales, en la Constitución Nacional y la local (arts. 31 y 20).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 704/713) que se intenta sostener en esta instancia. Allí centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso legal adjetivo, los derechos de defensa y de propiedad, y los principios de legalidad y de división de poderes. En particular, en tanto en su opinión, la sentencia se apartó, sin dar razones, de la normativa aplicable en materia de subsidios habitacionales como así también de la doctrina del Tribunal *in re* "Alba Quintana", según la cual tanto los plazos como los montos allí establecidos son constitucionales. Sostuvo que la sentencia efectuaba una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales que tienen relación con lo decidido (art. 31 CCABA/ art. 14 bis C.N.). Señaló que la sentencia era arbitraria y que la cuestión revestía gravedad institucional.

4. La Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3°, de la CCABA, en tanto la invocación de las garantías y principios constitucionales había sido realizada de modo genérico, sin conectarlas razonadamente con el contenido del decisorio impugnado (fs. 741/742 vuelta).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 109/116, de la queja). A su turno, la Sra. Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 125/130 vuelta, de la queja).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que confirmó la de grado y en consecuencia condenó a que incluyera a la actora y a sus tres hijos menores de edad “...en un programa habitacional que les permita acceder a una vivienda acorde con las necesidades actuales y costos reales, que estime pertinentes siempre que aseguren la posibilidad de contar con una vivienda digna de tipo independiente, por el tiempo que resulte necesario, y mientras perduren las circunstancias que dieron origen a la presente acción...” (conf. fs. 612 vuelta de los autos principales).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,¹²⁴ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. nº 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, de fecha 26/9/2012, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer que se encuentra a cargo de tres hijos menores de edad (conf. fs. 699 vuelta/700 de los autos principales).

¹²⁴ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 698/700 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez José O. Casás dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar accionante y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, si se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario al confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que, mientras subsista la situación actual de la amparista, les “permita acceder a una vivienda acorde con las necesidades actuales y costos reales”, vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5º del dec. 690/06 y sus modificatorios.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente

repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC¹²⁵) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad

¹²⁵ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

de Buenos Aires y otros si amparo”; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, María Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2°) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4°, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la *ley 4036* (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por *ley 23.548* y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando

en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹²⁶—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y

¹²⁶ Véase CASÁS, José O.: “La insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangeliza-

ción”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantías constitucionales afectadas que no logra conectar adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad por falta de congruencia en lo decidido, así como tampoco por qué lo resuelto reviste gravedad institucional.

Entiendo aplicable mutatis mutandi la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros-.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, oída Fiscalía General y en concordancia con lo concluido por la Asesoría General Tutelar corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 58/64 vuelta fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar, porque no contiene una crítica suficiente de la resolución interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar el acceso del quejoso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que: *i*) las materias tratadas en la sentencia de fondo habían quedado “circunscriptas a la interpretación de cuestiones de naturaleza infraconstitucional. Es decir, las cuestiones planteadas fueron todas relativas a los hechos, su prueba y adecuación a las normas legales aplicables al caso, con su respectiva fundamentación” (fs. 55 vuelta), *ii*) las garantías y principios constitucionales invocados por el recurrente no guardaban “relación directa e inmediata con lo decidido” (fs. 55 vuelta), *iii*) “en el recurso se abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la prueba y aplicó las normas involucradas y no se hace mención sino de principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 56). En relación con la arbitrariedad que el GCBA atribuyó a la decisión que impugna, los magistrados de la Sala II recordaron la jurisprudencia del Tribunal, según la cual “la tacha de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” (fs. 56 vuelta).

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile su recurso de inconstitucionalidad. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II. Las aisladas referencias a principios constitucionales que el quejoso efectúa, por su parte, carecen de toda articulación con el auto denegatorio.

Como lo expliqué en numerosos precedentes, “es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad” (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). El incumplimiento de este requisito, sella la suerte adversa de la presentación.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja intentada por el GCBA.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 698/700 vuelta de los autos principales y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCL - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN C., J. J. C/GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14, CCABA)

Reserva de la cuestión federal.

.....

Expte. SACAyT n° 10.641/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. C., J. J. fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 146/166 vuelta.

Mediante el escrito de fs. 171/172 comparece a manifestar que no recurrirá la sentencia y solicita que se "...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud. / El concepto de 'alojamiento' se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las propuestas que debe hacer el GCBA, de acuerdo a la condena dispuesta y de sus obligaciones para garantizar el derecho a la vivienda. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías cuando se dé la respuesta a cómo se concreta mi derecho a la vivienda reconocido por el Tribunal".

Además, el actor afirma que "...dado mi grado de discapacidad, mi frágil estado de salud y las características singularísimas de mi enfermedad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado. / (...) Hasta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme, y por lo tanto la obligación del demandado debidamente cumplida, la manda cautelar debe continuar vigente. De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios -y escasísimos- recursos. Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa 'Q. C. S. Y.', sentencia del 24/4/2012".

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con "los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud", este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante la jueza de grado una propuesta "para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad" en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

Los jueces LUIS F. LOZANO e INÉS M. WEINBERG dijeron:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la "reserva" de la cuestión "constitucional y federal", que sostiene involucraría el concepto de "alojamiento" (fs. 171 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —sentencia que no he suscripto por hallarme en uso de licencia—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 146/166 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por C., J. J.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 147 vuelta, punto 4.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

**DCLI - S.J.G. C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)
S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO**

Reserva de la cuestión federal.

.....

Expte. SACAyT n° 10.745/14 - 22/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. S. J. G. fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 286/310.

Mediante el escrito de fs. 314/315 comparece a manifestar que no recurrirá la sentencia y solicita que se "...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud. / El concepto de 'alojamiento' se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las propuestas que debe hacer el GCBA, de acuerdo a la condena dispuesta y de sus obligaciones para garantizar el derecho a la vivienda. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías cuando se dé la respuesta a cómo se concreta mi derecho a la vivienda reconocido por el Tribunal".

Además, el actor afirma que "...dado mi grado de discapacidad, mi frágil estado de salud y las características singularísimas de mi enfermedad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado. / (...) Hasta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme, y por lo tanto la obligación del demandado debidamente cumplida, la manda cautelar debe continuar vigente.

De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios —y escasísimos— recursos. Tal previsión, por otro lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa ‘Q. C. S. Y.’, sentencia del 24/4/2012”.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta “para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la “reserva” de la cuestión “constitucional y federal”, que sostiene involucraría el concepto de “alojamiento” (fs. 314 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por el Tribunal —sentencia que no he suscripto por hallarme en uso de licencia— es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 268/310.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por S. J. G.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 287 vuelta, punto 4.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCLII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN PERSONAL CARD S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Inadmisibilidad del recurso. Cuestión no federal.

.....

Expte. SACAyT n° 9709/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) deduce recurso extraordinario federal (fs. 222/234) contra la decisión de fecha 7/5/2014 mediante la cual el Tribunal resolvió rechazar su recurso de queja (fs. 214/217).

Al contestar el traslado conferido (fs. 236), la parte actora solicita su rechazo con costas (fs. 239/246 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario planteado por el GCBA toda vez que no se ha planteado una cuestión federal (conf. el art. 14 de la ley 48).

2. La sentencia de Cámara que resolvió el pleito y que el GCBA pretende que sea revisada por la CSJN encontró apoyo pleno, independiente y sostenible, en el Acuerdo de Modificación y Refinanciación suscripto por las partes. Ello priva de relación directa a las normas federales invocadas (arts. 17 y 18 de la C.N.) con lo aquí resuelto.

En cuanto a la tacha de arbitrariedad, no corresponde al tribunal que ya se ha pronunciado mediante su fallo recurrido volver sobre lo que ha sido materia de ese pronunciamiento. Sin que ello impida recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

En tanto la sentencia se funda en la interpretación del Acuerdo que celebraran las partes en el contexto de las normas de contratación pública de derecho local, la invocación de preceptos constitucionales —propiedad, debido proceso y defensa en juicio (arts. 14 y 17, C.N.)—, efectuada por el recurrente para justificar la existencia de cuestión federal en el caso, carece de relación directa e inmediata con lo decidido, conforme exige el art. 15 de la ley 48.

3. Por lo demás, el recurso no cumple con los recaudos señalados en el art. 3º del reglamento aprobado por la Acordada nº 4/2007 de la CSJN.

El escrito no consigna (ni podía hacerlo por la condición de la cuestión decidida) “la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas” (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquellas (art. 3º, inc. e).

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el presente recurso extraordinario federal. Costas a la vencida (art. 68 CPCCN).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por las razones expresadas por mis colegas en los puntos 1 y 3 de su voto conjunto, comparto la solución que ellos proponen. Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 217, punto 3.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLIII - GCBA C/INSTITUTO OBRA MÉDICO ASISTENCIAL DE BUENOS AIRES S/EJE. FISC. OTROS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos formales. Agravio concreto. Planteo extemporáneo. Sentencia definitiva: improcedencia. IOMA. Competencia. Conflicto de competencia. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Autonomía provincial: definición, caracteres. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Deberes del juez. Garantías procesales. Juez natural.

SUMARIO:

1. Toda vez que en momento alguno anterior a la presentación del recurso de inconstitucionalidad la ejecutada solicitó la intervención de la justicia federal, las afirmaciones esgrimidas en punto a la alegada competencia federal —que importan una línea argumental novedosa de la desplegada por la ejecutada en este proceso— no son sino el resultado de una reflexión tardía, por haber sido introducidas recién en el recurso de inconstitucionalidad. (*Voto del juez José O. Casás*).

2. Al no haber formado parte de las presentaciones anteriores del ejecutado los planteos orientados a proponer la intervención de la justicia “federal ordinaria”, la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario resistida no pudo importar una denegatoria del fuero federal ni, en consecuencia, la configuración de la hipótesis de excepción que autorizaría a equiparar a definitiva la sentencia recurrida. (*Voto del juez José O. Casás*).

3. Siempre que afiliados del IOMA requieran prestaciones médicas por parte del servicio de salud del GCBA, existe la posibilidad de que las autoridades administrativas de la Ciudad pretendan hacer valer sus reclamos de cobro ante sus propios tribunales —en tanto la presunta gratuidad de la atención de pacientes se contrarresta con la facturación a quienes cuentan con medicina prepaga o cobertura de obra social—, por lo que el ejecutado deberá intimar a sus beneficiarios a orientar sus demandas a otros agentes de salud; o bien, efectuar en tiempo y forma los planteos pertinentes; o definir mediante la suscripción de algún convenio la jurisdicción para ventilar las diferencias de esta naturaleza, que no se representan como sorprendentes o insusceptibles de repetición. (*Voto del juez José O. Casás*).

4. Si la invocación de una posible competencia federal fue introducida por la demandada en ocasión de interponer el recurso de inconstitucionalidad, y no antes, se trata de una reflexión tardía. Así, no pudo ser considerada en el pronunciamiento de mérito de los jueces *a quo*, quienes consecuentemente no pudieron denegarla. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

5. La sentencia de mérito —que no ha podido considerar la invocación de una posible competencia federal puesto que fue introducida por la demandada recién en ocasión de interponer el recurso de inconstitucionalidad— no puede ser considerada como “denegatoria del fuero federal”, lo que priva de fundamentos al auto de concesión en cuanto la tuvo por equiparable a una sentencia definitiva. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

6. Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, la resolución aquí recurrida resulta —a los efectos del recurso de inconstitucionalidad— una sentencia equiparable a definitiva que habilita la competencia del Tribunal, pues el rechazo del planteo de la ejecutada sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción —federal— que le corresponde, y el Instituto de Obra Médico Asistencial (en adelante IOMA) ha planteado un genuino caso constitucional en torno a la afectación de su derecho a litigar ante su juez natural (art. 18, C.N.), pieza clave de las garantías al debido proceso y la defensa en juicio, y a la vulneración de la autonomía Provincial (art. 121 C.N.). (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

7. Los conflictos interjurisdiccionales de competencia no pueden ser resueltos exclusivamente a la luz de las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos locales de las dos jurisdicciones en pugna (Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), perdiendo de vista las disposiciones contenidas en la norma superior a ambos ordenamientos. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

8. La autonomía de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, en el plano institucional, consiste en la potestad de darse sus propias instituciones —entre las que se encuentra el Poder Judicial— y regirse por ellas (conf. arts. 5° y 122 C.N.). (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

9. La autonomía de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires implica, entre otras cosas, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires solamente pueden ser demandadas ante los tribunales de sus respectivas jurisdicciones, o bien de la Nación —en caso que se constate algunos de los supuestos de competencia federal—. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

10. La Ciudad o alguna de las provincias no puede ser demandada ante los tribunales ordinarios de otra provincia, porque ello implicaría colocar a quien ve desplazada

su jurisdicción en una situación de inferioridad y/o subordinación respecto de las demás provincias. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

11. Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires son entes autónomos que integran, en pie de igualdad, el Estado Federal. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

12. Más allá de la discusión sobre el alcance de la autonomía porteña, lo cierto es que ninguno de los Estados locales prevalece por sobre los demás, sino que cada uno de ellos ejerce las potestades reconocidas en los arts. 121 a 129 de la C.N. dentro de su propio ámbito territorial, sin invadir el de los demás. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

13. El IOMA es una persona jurídica pública estatal, y por ello resulta alcanzada por el art. 1º de la ley provincial 12.008 —Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires—, motivo por el cual no podría ser sustraída, en principio, de los tribunales provinciales para ser sometida a juicio. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

14. A esta altura del devenir histórico, y analizando no solo los lineamientos y espíritu de la reforma constitucional de 1994, sino también la forma en que la Ciudad de Buenos Aires ha adquirido y desarrollado en los hechos la autonomía amplia que le confiere el art. 129, C.N. no existen fundamentos jurídicos ni institucionales que impidan reconocerle a la Ciudad similares competencias y atribuciones a las que tienen las provincias, claro está con la —única— limitación de resguardar los intereses del Estado Nacional mientras la Ciudad sea capital de la Nación. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

15. No existe ningún interés federal que impida reconocerle a la Ciudad el acceso a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver los conflictos que se susciten con las provincias. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

16. Las reglas de competencia y la garantía del Juez Natural son cuestiones de orden público que exceden el interés y las alegaciones de las partes. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

17. Los jueces tienen no solo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

Expte. SACAyT n° 10.163/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe;

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) promovió demanda ejecutiva contra el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, IOMA) por la suma de pesos catorce millones novecientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos diecisiete con cincuenta y dos centavos (\$ 14.955.417,52), con motivo de las facturas impagas que individualizó en concepto de las prestaciones médicas hospitalarias brindadas por la Ciudad a los beneficiarios de esa obra social (fs. 2/7).

Intimado el ejecutado, planteó la nulidad de la notificación cursada y opuso las excepciones de incompetencia, inhabilidad de título, prescripción y falta de legitimación pasiva (fs. 131/138). A este respecto, sostuvo que IOMA era una institución de

derecho público de la Provincia de Buenos Aires que no integraba el Sistema Nacional de Seguro de Salud y que se encontraba regida por la ley 6.982, por lo que solo podía ser juzgada ante los tribunales de la provincia de Buenos Aires. Lo contrario importaba un avasallamiento de la autonomía provincial, configurándose un supuesto de gravedad institucional. En cuanto a la nulidad de la intimación, adujo que las acciones dirigidas contra la Provincia y las entidades autárquicas debían notificarse al Fiscal de Estado en su despacho oficial.

2. El juez de grado, en lo que aquí interesa destacar, rechazó la excepción de incompetencia articulada por IOMA y declaró la competencia de ese tribunal para entender en estas actuaciones (fs. 177/178 vuelta).

Para así decidir, consideró que: *i)* el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Provincia de Tierra del Fuego”, sentencia de fecha 18/12/2007, invocado por el ejecutado no resultaba aplicable al caso de autos, en tanto la demandada no era una provincia sino un ente autárquico; y *ii)* la Ciudad, conforme al pronunciamiento de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que citó, no podía ser llevada ante los tribunales de otra provincia para dirimir una cuestión de derecho público local, cuando la parte ejecutada no era siquiera otra provincia, sino un ente autárquico dependiente de una provincia.

3. Contra lo decidido se alzó IOMA (fs. 180 y fs. 188/190 vuelta). Centró sus agravios, en lo que aquí importa, en que: *i)* la competencia correspondía a los tribunales provinciales, pues si bien IOMA no era la Provincia de Buenos Aires era una entidad autárquica de derecho público provincial; *ii)* no integraba el Sistema Nacional de Seguro de Salud; *iii)* no regía a su respecto la normativa de la Ciudad; *iv)* no existía convenio entre las partes que justificase la competencia local, por lo que la Ciudad debía presentarse ante los tribunales provinciales a fin de accionar contra su parte, y *v)* al encontrarse la demanda dirigida contra una “persona jurídica autónoma de carácter provincial”, por respeto del sistema federal de gobierno y de las autonomías provinciales, sostuvo que la entidad pública provincial debió haber sido demandada ante sus tribunales locales.

4. Una vez contestado por el GCBA el traslado del recurso de apelación deducido por IOMA (fs. 192/196), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió, en lo que aquí interesa, “[r]echazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la resolución apelada” (fs. 206/208).

Arribó a tal conclusión tras señalar que: *i)* independientemente del debate sobre la existencia, o no, de un convenio sobre la renuncia de la competencia, lo cierto era que las normas invocadas por el ejecutado no eran oponibles a las facultades propias de jurisdicción establecidas por el art. 129 de la C.N.; *ii)* darle intervención a la justicia provincial violaría el art. 129 de la Ley Suprema que investía a la Ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción; *iii)* el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Provincia de Tierra del Fuego” no resultaba aplicable a la presente causa, en tanto IOMA era un ente autárquico y no una provincia; *iv)* IOMA, conforme a un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que citó, era un ente que contaba con personalidad jurídica propia, que no se identificaba con el Estado provincial, por lo que no existía identidad entre ellos; y *v)* no correspondía que fuera llevada ante los tribunales de otra provincia una cuestión de derecho público local cuando la demandada era un ente autárquico y no una provincia.

5. Disconforme, el ejecutado interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 220). También planteó, contra el pronunciamiento que le fue adverso, recurso de inconstitu-

cionalidad (fs. 221/228 vuelta). El primero de tales recursos fue denegado por ausencia de sentencia definitiva porque, a criterio de los jueces Inés M. Weinberg de Roca y Horacio G. A. Corti, lo que se denegaba era la competencia del fuero provincial (fs. 230 y vuelta). El segundo, en cambio, con una integración distinta del tribunal interviniente, y previo traslado al GCBA (el que fue contestado a fs. 239/246), fue concedido por entender que lo decidido importaba la denegatoria del fuero federal lo que permitía considerar como definitivo el pronunciamiento recurrido (fs. 248/249).

6. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General postuló el rechazo del recurso (fs. 256/258). Ello así, pues —a su criterio— no se trataba de una sentencia definitiva, ni podía equiparársela a una de esas características porque IOMA no había solicitado la declaración de incompetencia en favor de la justicia de excepción, sino que propiciaba la intervención de la justicia provincial. Agregó, además, que la referencia que IOMA había efectuado, en el recurso de inconstitucionalidad, relativa a que si se consideraba que no era la justicia bonaerense la que debía intervenir, en todo caso debía ser la justicia “federal ordinaria”, no solo carecía de fundamentación jurídica, sino que al no haber formado parte de sus presentaciones anteriores, el planteo resultaba tardío.

7. A fs. 263 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO, ALICIA E. C. RUIZ y ANA MARÍA CONDE dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCaYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad articulado por IOMA ha sido mal concedido pues, tal como lo pone de manifiesto el Sr. Fiscal General en su dictamen de fs. 256/258, la sentencia cuya revisión se pide no puede ser considerada definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, ni equiparada a una de tales características.

Es que el ejecutado, tanto al oponer la excepción de incompetencia (fs. 131/138) como al fundar el recurso de apelación (fs. 188/190 vuelta), *solicitó que se declarase la incompetencia de los tribunales de la Ciudad por considerar que la justicia de la provincia de Buenos Aires era la competente* para entender en estas actuaciones y la resolución que viene resistiendo la demandada es aquella que confirmó el rechazo de esa excepción de incompetencia que articulara.

Recién al interponer el recurso de inconstitucionalidad el IOMA adujo que “al presentarse un conflicto entre un Organismo provincial y la Ciudad Autónoma no corresponde la intervención de la Corte, sino que debe estarse a la relación jurídica que las vincula. En el presente caso como se afirmara, no existe convenio alguno entre la Ciudad de Buenos Aires y el IOMA que justifique una prórroga de competencia hacia los tribunales de la Ciudad. Al resultar el IOMA un ente autárquico provincial y no habiendo suscripto convenio alguno con la Ciudad por la que se avenga a someterse a los tribunales locales de la ciudad, si esta última intenta ejercer una acción contra el IOMA, corresponde se presente ante los tribunales provinciales para hacer valer sus aparentes

derechos, y aún si se reconociera el carácter de entidad autónoma de la Ciudad la única forma para respetar los derechos de las partes intervinientes es la designación de la justicia federal ordinaria” (fs.224/vuelta).

En este sentido agregó que se la obligaba a “pleitear con un vecino de otra jurisdicción (en este caso la Ciudad de Buenos Aires) sin respetar la vía federal establecida en el art. 116 de la C.N.” (fs. 223); que “la única forma de compatibilizar los criterios de actor y demandado era la elección del fuero federal ordinario, lo que ha omitido la Cámara en su fallo” (fs. 223); que “aún si se reconociera el carácter de entidad autónoma de la Ciudad la única forma para respetar los derechos de las partes intervinientes es la designación de la justicia federal ordinaria” (fs. 224 vuelta) y que “la entidad pública provincial debió haber sido demandada por ante sus tribunales locales, o en su caso ante los Tribunales federales de la Provincia de Buenos Aires” (fs. 226 vuelta).

Es decir que *en momento alguno anterior a la presentación del recurso de inconstitucionalidad de fs. 221/228 vuelta la ejecutada solicitó la intervención de la justicia federal.*

Así pues, es posible advertir que las afirmaciones esgrimidas en punto a la alegada competencia federal —que importan una línea argumental novedosa de la desplegada por la ejecutada en este proceso— no son sino el resultado de una reflexión tardía, por haber sido introducidas recién en el recurso de inconstitucionalidad, como puntualizó el Sr. Fiscal General.

En suma, *al no haber formado parte de las presentaciones anteriores del ejecutado los planteos orientados a proponer la intervención de la justicia “federal ordinaria”, la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario resistida no pudo importar una denegatoria del fuero federal ni, en consecuencia, la configuración de la hipótesis de excepción que autorizaría a equiparar a definitiva la sentencia recurrida.*

Por ello, como se señalara, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

2. Ahora bien, aun en el caso que pudiera soslayarse el óbice destacado en el punto precedente, lo cierto es que en la pieza recursiva de fs. 221/228 vuelta tampoco se ha logrado plantear adecuadamente una cuestión constitucional ni federal en este punto.

2.1. En primer lugar, en tanto ha sido la propia estrategia o conducta procesal de la parte recurrente la que ha impedido que los jueces de la causa se expidieran respecto de la pertinencia o no de la competencia federal que pretende el ejecutado. Por lo tanto, corresponde hacer aplicación del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en reiteradas oportunidades ha afirmado que no es eficaz la invocada violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva de la propia conducta discrecional del recurrente (doctrina de *Fallos*, 267:64; 297:27; 308:540; 310:884).

2.2. Por su parte, el IOMA aduce que lo decidido conculca la autonomía provincial, la supremacía constitucional, el sistema democrático de gobierno, el derecho de propiedad y de defensa en juicio protegidos por la Constitución nacional. En apretada síntesis, argumenta que: *i)* no existe convenio que lo vincule con la Ciudad, o en el que haya aceptado someterse a su jurisdicción; *ii)* no se encuentra sometido a la legislación dictada por la Ciudad de Buenos Aires (ley 2808), sino que se rige únicamente por la normativa local (ley provincial n° 6.982), atento su carácter de entidad pública provincial; y *iii)* “[n]ada vincula a mi parte con el ejercicio de la función administrativa” (fs. 223 vuelta).

Sin embargo, de la lectura del recurso de inconstitucionalidad articulado no se advierte —ni tampoco lo explica el recurrente al formular sus objeciones al pronunciamiento cuestionado— de qué modo la autonomía provincial, la supremacía constitucional, el sistema democrático, su derecho de propiedad y defensa en juicio se verían vulnerados por la decisión atacada. Recuérdense que es el propio ejecutado quien sostiene que el IOMA no es la Provincia de Buenos Aires sino una entidad autárquica provincial que se rige por la ley provincial 6982 (t.o. dec. 179/87) y que “[n]ada vincula a mi parte con el ejercicio de la función administrativa”.

Así pues, como lo expuso la Cámara de Apelaciones —y no fue eficazmente rebatido por el recurrente— no es la Provincia de Buenos Aires quien ha sido nominal y sustancialmente demandada en estas actuaciones, sino el IOMA, entidad autárquica provincial, que como tal no se identifica con dicho Estado provincial.

En definitiva, es posible advertir que no se han aportado argumentos constitucionales concretos para sustentar el reclamo de la jurisdicción federal *en razón de la persona* ni *en razón de la materia* debatida en autos.

3. Finalmente, me permito añadir una reflexión. Siempre que afiliados del IOMA requieran prestaciones médicas por parte del servicio de salud del GCBA, existe la posibilidad de que las autoridades administrativas de la Ciudad pretendan hacer valer sus reclamos de cobro ante sus propios tribunales —en tanto la presunta gratuidad de la atención de pacientes se contrarresta con la facturación a quienes cuentan con medicina prepaga o cobertura de obra social—, por lo que el ejecutado deberá intimar a sus beneficiarios a orientar sus demandas a otros agentes de salud; o bien, efectuar en tiempo y forma los planteos que aquí recién concreta; o definir mediante la suscripción de algún convenio la jurisdicción para ventilar las diferencias de esta naturaleza, que no se representan como sorprendentes o insusceptibles de repetición —ello teniendo en cuenta que el reclamo en el caso asciende a la suma de pesos catorce millones novecientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos diecisiete con cincuenta y dos centavos (\$ 14.955.417,52) en valores históricos.

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la parte vencida (art. 62 del CCAyT).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con mi colega José O. Casás en que el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido porque los planteos dirigidos a sostener la competencia del fuero federal son fruto de una reflexión tardía, en tanto, tal como destaca mi colega, fueron introducidos por el IOMA por vez primera en ese recurso (conf. el punto 1 del voto del Dr. Casás). Costas a la vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En la resolución interlocutoria que concedió el recurso de inconstitucionalidad de fs. 221/228 vuelta, los magistrados de la Sala I de la Cámara del fuero expresaron que “[e]n su presentación, el Instituto Médico Asistencia de Buenos Aires, al margen del acierto o error del argumento, pone en juego la denegatoria del fuero federal”, y que “[e]n tales condiciones, corresponde equiparar esa sentencia a definitiva y conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto”.

Tal como lo explica el Sr. juez de trámite en el primer apartado de su voto, la invocación de una posible competencia federal para dirimir la ejecución de autos fue introducida por la demandada en ocasión de interponer el recurso de inconstitucionalidad.

dad de fs. 221/228 vuelta, y no antes, de modo que se trata de una reflexión tardía. Así, no pudo ser considerada en el pronunciamiento de mérito de los jueces *a quo*, quienes consecuentemente no pudieron denegarla. Es por ello que la decisión impugnada no puede ser considerada como “denegatoria del fuero federal”, lo que priva de fundamentos al auto de concesión en cuanto la tuvo por equiparable a una sentencia definitiva.

Por lo expuesto, y en atención a que el recurso de inconstitucionalidad del IOMA no está dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, corresponde declararlo mal concedido. Costas a la vencida.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido por la Cámara.

Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, la resolución aquí recurrida resulta —a los efectos del recurso de inconstitucionalidad— una sentencia equiparable a definitiva que habilita la competencia del Tribunal, pues el rechazo del planteo de la ejecutada sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción —federal— que le corresponde, y el Instituto de Obra Médico Asistencial (en adelante IOMA) ha planteado un genuino caso constitucional en torno a la afectación de su derecho a litigar ante su juez natural (art. 18 C.N.), pieza clave de las garantías al debido proceso y la defensa en juicio, y a la vulneración de la autonomía Provincial (art. 121 C.N.).

Ello habilita el tratamiento de la cuestión de fondo planteada en el recurso extraordinario local, relativo a la competencia judicial para entender en la causa.

2. El caso presenta un conflicto de competencia, en el que se enfrentan dos posturas contrapuestas.

La Cámara, en línea con la postura de la Ciudad de Buenos Aires y del Sr. Juez de primera instancia, resolvió que este caso tramite ante el Poder Judicial porteño, esencialmente por considerar que se debatía una cuestión de derecho público local en la que intervenía el Estado porteño, que en consecuencia debía ser resuelta ante los tribunales locales por aplicación del principio de autonomía consagrado en el art. 129 C.N., y que IOMA era un ente autárquico que no se identificaba con el Estado de la Provincia de Buenos Aires, todo lo cual impedía que se configurase un supuesto de competencia provincial. Y en respaldo de su criterio, cita los arts. 81 inc. 2 y 106 CCABA, el art. 48 de la ley 7, y el art. 2º del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el cual “(S)on causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público”.

Por otro lado, IOMA sostiene que es una entidad autárquica de derecho público de la Provincia de Buenos Aires, que tiene derecho a ser juzgada por los tribunales locales provinciales, en atención a lo dispuesto por los arts. 175 y 215 de la Constitución provincial y los arts. 1º y 2º de la ley provincial 12.008. El citado art. 1º de la ley 12.008 establece que corresponde a los tribunales contencioso administrativos provinciales “el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código”.

3. Tal como he dicho en un anterior precedente [“GCBA y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9988/13, sentencia del 13/6/2014], los conflictos interjurisdiccionales de competencia no pueden ser resueltos exclusivamente a la luz de las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos locales de las dos jurisdicciones en pugna (Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), perdiendo de vista las disposiciones contenidas en la norma superior a ambos ordenamientos.

Y es que, contrariamente a lo que han sostenido las partes y los jueces de mérito, el plexo normativo que brinda una solución al presente conflicto no es el de la Provincia de Buenos Aires ni el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —pues fijan criterios de asignación de competencia entre los distintos fueros y tribunales *dentro de cada jurisdicción*, y por ende no rigen conflictos interjurisdiccionales como el presente—, sino la Constitución Nacional, más precisamente sus arts. 121 a 129, que consagran y regulan la autonomía de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Dicha autonomía, en el plano institucional, consiste en la potestad de darse sus propias instituciones —entre las que se encuentra el Poder Judicial— y regirse por ellas (conf. arts. 5° y 122 C.N.). Ello implica, entre otras cosas, *que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires solamente pueden ser demandadas ante los tribunales de sus respectivas jurisdicciones, o bien de la Nación* —en caso que se constate algunos de los supuestos de competencia federal—. Lo que no puede ocurrir es que la Ciudad o alguna de las provincias sea demandada ante los tribunales ordinarios de otra provincia, porque ello implicaría colocar a quien ve desplazada su jurisdicción en una situación de inferioridad y/o subordinación respecto de las demás provincias.

Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires son entes autónomos que integran, en pie de igualdad, el Estado Federal. Más allá de la discusión sobre el alcance de la autonomía porteña, lo cierto es que ninguno de estos Estados locales prevalece por sobre los demás, sino que cada uno de ellos ejerce las potestades reconocidas en los arts. 121 a 129 C.N. dentro de su propio ámbito territorial, sin invadir el de los demás.

4. Sentado lo expuesto, en primer lugar debemos desentrañar cuál es la naturaleza jurídica de IOMA, lo que nos permitirá determinar si están afectados en esta causa los derechos y/o intereses de la Provincia de Buenos Aires.

4.1. De acuerdo con lo establecido en la Ley provincial n° 6982, el IOMA funciona como “entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la presente ley y realizará en la Provincia todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para los sectores de la actividad pública y privada que se adhieran a su régimen” (art. 1°). Es administrado por un directorio integrado por un presidente y seis vocales, siendo designado su presidente por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, y tres de sus vocales, en representación del Estado, son también designados por el Poder Ejecutivo (arts. 2° y 3°). Las resoluciones de dicho directorio son irrecurribles en cuanto al mérito, pero respecto de las razones de su legitimidad “se podrá interponer recurso, que deberá ser fundado ante el Poder Ejecutivo, dentro de los cinco (5) días hábiles” (art. 14°).

En cuanto a su financiamiento, el art. 16 establece: “Los recursos del Instituto serán: a) El aporte de los afiliados directos. b) La contribución del Estado empleador, por un monto igual al aporte de los afiliados directos. c) El aporte de la Provincia que cubrirá el déficit eventual que resulte de cada ejercicio. d) Los ingresos con motivo de donaciones, legados, contratos u otra actividad. e) El superávit que se establezca al cierre de cada ejercicio financiero, que como recurso propio será contabilizado en el ejerci-

cio siguiente”. Cabe aclarar, que los afiliados directos serán en su mayoría los afiliados obligatorios, esto es, “todo el personal en actividad dependiente del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, organismos de la Administración Pública, jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social de la Provincia y el de las municipalidades” (art. 20°), quedando excluidos los funcionarios con cargos electivos y los jueces (art. 21°).

Por último, el art. 27 establece que el IOMA “podrá ser intervenido solo por ley que así lo autorice, designando el Poder Ejecutivo el Interventor, que tendrá las facultades y deberes del presidente y directorio, en los siguientes casos: a) Cuando se comprueben irregularidades ‘prima facie’ en el cumplimiento de la presente ley. b) Cuando el funcionamiento de la entidad se encuentre seriamente afectado por razones imputables al directorio”.

4.2. De la reseña anteriormente efectuada se deriva que el IOMA es una persona jurídica pública estatal, y por ello resulta alcanzada por el art. 1° de la Ley provincial n° 12.008, motivo por el cual no podría ser sustraída, en principio, de los tribunales provinciales para ser sometida a juicio.

La doctrina define a una entidad autárquica como “toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos. De ahí que los rasgos esenciales de tales entidades son: 1) constituyen una persona jurídica; 2) trátase de una persona jurídica ‘pública’; 3) es una persona jurídica pública ‘estatal’; 4) realiza o cumple fines ‘públicos’, que son fines propios del Estado; 5) su competencia o capacidad jurídica envuelve esencialmente la de ‘administrarse’ a sí misma, conforme a la norma que le dio origen; 6) siempre es creada por el Estado” (conf. MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Teoría general, 5ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 398)

En efecto, el IOMA ha sido creado por una Ley provincial, esta ley lo define como una entidad autárquica, realiza todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial, la mayoría de sus integrantes son nombrados por órganos estatales de la Provincia, y se financia con recursos provenientes en lo sustancial del Estado provincial y de sus agentes. A ello, cabe agregar la facultad del Poder Ejecutivo provincial de resolver las impugnaciones contra los actos administrativos del IOMA por cuestiones de ilegitimidad, y la potestad de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de intervenirlos.

En virtud de ello, no quedan dudas de los intereses provinciales involucrados en la creación y desenvolvimiento de dicho Instituto, que forma parte integrante de la Provincia de Buenos Aires, “porque si así no fuere, se trataría de una verdadera independencia, y no de una simple descentralización” (MARIENHOFF: ob. cit., p. 644).

5. En virtud de lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que en esta causa intervienen dos Estados autónomos: la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires (en este último caso, a través de la participación directa de uno de sus entes autárquicos).

La solución a este conflicto interjurisdiccional de competencia la encontramos en la Constitución Nacional. Allí se establece que corresponde a la Justicia Federal el conocimiento y decisión de “las causas que se susciten entre dos o más provincias” (art. 116), y el órgano judicial competente para resolverlas es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en virtud de su competencia originaria y exclusiva debe entender en aquellos conflictos “en los que alguna provincia fuese parte” (art. 116).

El fundamento de ello radica en que “por tratarse de entidades políticas autónomas, las cuestiones que se susciten entre dos o más provincias deben ser llevadas necesariamente a la Corte Suprema, pues ni los tribunales locales tendrían jurisdicción para dirimir las, desde que lo contrario importaría someter a una provincia a la jurisdicción de la otra, ni los jueces nacionales, por razón de su jurisdicción territorial limitada, es-

tarían en condiciones de conocer de ellas” [ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II, Organización judicial, jurisdicción y competencia, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 754].

6. A esta altura del devenir histórico, y analizando no solo los lineamientos y espíritu de la reforma constitucional de 1994, sino también la forma en que la Ciudad de Buenos Aires ha adquirido y desarrollado en los hechos la autonomía amplia que le confiere el art. 129 C.N., considero que no existen fundamentos jurídicos ni institucionales que impidan reconocerle a la Ciudad similares competencias y atribuciones a las que tienen las provincias, claro está con la —única— limitación de resguardar los intereses del Estado Nacional mientras la Ciudad sea capital de la Nación.

En tal sentido, no existe ningún interés federal que impida reconocerle a la Ciudad el acceso a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver los conflictos que se susciten con las provincias. Por el contrario, una adecuada interpretación de la Constitución Nacional aconseja este temperamento, que encuentra sólidos basamentos en la necesidad de resguardar la autonomía de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires —lo que implica asegurar la igualdad y no reconocerle supremacía a una por sobre otra, como ocurriría si la Ciudad o alguna de las provincias debiera litigar en la jurisdicción de otra de ellas—, y también en el papel del Gobierno Federal como garante del goce y ejercicio de las instituciones provinciales (art. 5º, C.N.).

Esta interpretación sistemática y teleológica permita suplir la omisión de los arts. 115 y 116, C.N., que al ser redactados antes de que se consagre la autonomía porteña no mencionaban a la Ciudad de Buenos Aires como uno de los sujetos que suscitaban la competencia federal, y asimilar en esta temática a la Ciudad con las provincias. Es decir, aquí no se trata de agregar un nuevo supuesto de competencia federal y originaria de la CSJN, sino de interpretar los arts. 115 y 116, C.N. en su correcto sentido, receptando la modificación sustancial que realizó la reforma constitucional de 1994 en el sistema federal, que indudablemente también debe tener su correlato en la organización judicial.

7. No obsta a esta decisión el hecho de que la ejecutada recién haya solicitado la intervención de la justicia federal al momento de interponer su recurso de inconstitucionalidad, y no desde su primera oportunidad. Ello así, pues desde el inicio IOMA cuestionó la competencia de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires para dirimir este conflicto y la resolución se expide en ese sentido; por otra parte, las reglas de competencia y la garantía del Juez Natural son cuestiones de orden público que exceden el interés y las alegaciones de las partes. Por último, cabe recordar que los jueces tienen no solo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (CSJN, *Fallos*, 296:633; 298:429; 310:1536, 2173 y 2733; 312:649; 313:924).

8. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por:

- a) admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires,
- b) revocar la sentencia de fs. 206/208, y declarar la incompetencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en la causa,
- c) imponer las costas de todo el proceso en el orden causado, atento lo controvertido del asunto y que ambas partes podían válidamente considerarse con derecho a mantener en todas las instancias sus respectivas posturas (art. 62, párr. 2º, CCAyT), y
- d) ordenar el archivo de las presentes actuaciones (art. 286, inc. 1º, CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,
el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires. Con costas.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCLIV - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ALCARAZ, YOLANDA ELIZABETH C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 9981/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Yolanda Elizabeth Alcaraz, por sí y en representación de sus dos hijas menores de edad, promovió acción de amparo (fs. 109/129) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se ordene a la autoridad administrativa demandada "...que [les] garantice el acceso a una vivienda adecuada según los estándares que emanan de los tratados de derechos humanos" (fs. 109).

La jueza de primera instancia —en lo que aquí interesa— hizo lugar a la acción entablada (fs. 133/137) y ordenó al GCBA que "...continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que a la actora Yolanda Elizabeth Alcaraz y sus hijas (...) se le otorgue alojamiento o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad socio-económico (*sic*) ha cesado" (fs. 137).

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apeló y expresó sus agravios (fs. 82/95), los que fueron oportunamente contestados por la actora (fs. 67/81).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación incoado por el GCBA y, en consecuencia, confirmó la resolución de primera instancia (fs. 9/11).

Los magistrados sustentaron normativamente su decisión en los arts. 14 bis y 75, inc. 19, de la C.N.; 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Asimismo, ponderaron lo dispuesto en los arts.

2º, 6º, 7º y 8º de la ley 4036. Por fin, tras referirse al informe socio-ambiental elaborado por el accionado, destacaron que “(...) la actora, único sostén del grupo familiar, no se encuentra inserta en el mercado formal del trabajo y (...) no cuenta con recursos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento...” (fs. 10 vuelta).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 47/61 vuelta). La Ciudad expresó que la decisión de la Cámara resultaba arbitraria “(...) dado que la Administración se ve perjudicada, [ya] que al no atender al plazo de finalización de la operatoria vigente, esta se encuentra imposibilitada de realizar las previsiones presupuestas (*sic*) para el tema habitacional de acuerdo a la norma vigente, convirtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y contra todo orden institucional, en perjuicio de los derechos de los demás habitantes de la ciudad” (fs. 49 vuelta). Afirmó, también, que el fallo lesionó los derechos de defensa y de propiedad, y los principios de legalidad y de división de poderes.

La Sala II —previo traslado que fue contestado por la amparista a fs. 29/46— declaró inadmisibles el recurso del GCBA (fs. 27/28 vuelta). Los magistrados señalaron que el pronunciamiento impugnado se había limitado a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/06—, y que el recurrente no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Asimismo, descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

4. Contra la denegatoria, el Gobierno dedujo la queja de fs. 14/19 vuelta.

5. Al requerirse su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar solicitó el rechazo de la queja intentada, y en su caso, que se deniegue el recurso de inconstitucionalidad de fs. 47/61 vuelta (fs. 141/169 vuelta).

Por su parte, el Sr. Fiscal General también propició que se rechazara el recurso directo articulado por el GCBA por no presentar “(...) una crítica concreta y pormenorizada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad” (fs. 172/174 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que al confirmar la sentencia de primera instancia lo condenó a que “...continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que la actora [...] y sus hijas [...] se le otorgue alojamiento o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad socio-económica ha cesado”(conf. fs. 297).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,¹²⁷ el punto 5.2 del nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14,

¹²⁷ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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

CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer de 31 años aproximadamente y que tiene dos hijas menores de edad a su exclusivo cargo; vende comida en la zona de Recoleta y que el monto obtenido por ese trabajo no le alcanza para dar sustento a su grupo familiar. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 295/297 de los autos principales y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez José O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar accionante —mujer de aprox. 31 años con dos hijas menores de edad a cargo, excluida del mercado formal de trabajo y que no cuenta con recursos suficientes— y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontrarían lo accionantes, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario al confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que, mientras no demuestre fehacientemente que la situación de vulnerabilidad socio-económica ha cesado, le otorgue alojamiento o los fondos suficientes para acceder al mismo, vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;

- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales a) realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC¹²⁸) y b) destinen

¹²⁸ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobier-

no de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; B.881.XLVII. 'Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo'; C.74.XLVII. 'C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido'; C.80.XLVII. 'C., L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)'; C.764.XLVII. 'C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; C.766.XLVII. 'C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; D.127.XLVII. 'Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F. 60. XLVII. 'Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F.305.XLVII. 'Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.192.XLVII. 'G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416.XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹²⁹—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían

¹²⁹ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2^o, párr. 3^o, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8^o al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3^o del inc. 2^o del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d)

el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la

valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado *in re*: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del Gobierno ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legítima —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que no contiene una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero denegó el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, los camaristas explicaron:

- i)* que (fs. 27 vuelta) “(...) las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión (...) quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y de las normas que las rigen (como la ley 4036 y el dec. 690/06 y modificatorios), todas ellas de carácter infraconstitucional”; y
- ii)* que (fs. 28) “(...) la demandada (...) no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincularlas con las circunstancias de la causa”.

Por fin, como se reseñó en los “resulta”, los vocales descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles el remedio extraordinario que aquel viene a sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II, y aunque reseña los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja de fs. 14/19 vuelta. Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa

que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d*) no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 14/19 vuelta. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 295/297 de los autos principales y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLV - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MEDINA, GILDA CONCEPCIÓN C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 9977/13 - 22/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Gilda Concepción Medina, por su propio derecho, promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le otorgue "...una solución que permita a mi grupo familiar acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose la integridad familiar, por lo que, en el caso de que la solución a brindarse sea un subsidio, este debe ser tal que permita abonar en forma íntegra el valor de un lugar de las características descriptas..." (fs. 31/83).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hace lugar a la acción entablada, decide que la accionada deberá resolver la precaria situación habitacional de la actora y sus hijos menores, y le ordena "...mientras subsista la situación actual de la amparista, le preste asistencia habitacional suficiente adecuada y hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad." (fs. 17/21).

2. El GCBA apela y expresa agravios (fs. 98/103), los que son oportunamente contestados por la actora (fs. 104/115).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechaza el recurso planteado por el GCBA (fs. 14/16). Los magistrados sustentan normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., y en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local. Ponderan lo establecido por los arts. 2°, 6°, 7°, y 8° de la ley 4036 y consideran que en base al contexto fáctico de la accionante "se encuentra acreditada de manera adecuada la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentra el grupo familiar actor" (fs. 15/vuelta).

3. El GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad. Se agravia —en apretada síntesis— expresando que la sentencia de la Sala II: *a*) prescinde de las constancias de la causa; *b*) importa una interpretación elusiva del derecho en tanto no contempla la existencia de limitaciones presupuestarias; *c*) no resulta un acto jurisdiccionalmente válido, en tanto la parte dispositiva no permite definir con precisión cuál es la conducta que deben adoptar las autoridades de la Ciudad y dentro de qué límites, y *d*) invade la zona de reserva de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Sostiene también que la sentencia deviene arbitraria por tratarse de una interpretación jurídica que no resulta una derivación razonada del derecho aplicable al caso, y agrega que en la causa se afectaron la garantía del debido proceso y su derecho de defensa en juicio (fs. 4/12 vuelta).

La Sala II declara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por GCBA. Señala que el decisorio atacado se circunscribió a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036, el dec. 690/06 y su modificatorios—. Afirma que el recurso solo refleja discrepancias respecto de la manera en que se había valorado la prueba y la interpretación de cuestiones de hecho relativas al caso y que no se había planteado adecuadamente una cuestión constitucional en la causa. Sostiene en suma que la sentencia atacada se encuentra debidamente fundada y ajustada a derecho (fs. 2/3 vuelta).

4. El GCBA interpone recurso de queja contra la denegatoria. El recurrente manifiesta que “...en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas...” —con cita de las causas “Mantovano” Expte. 3098/04, “Pons” Expte. 3236/0 y “Panza” expte. n° 4270/05 (fs. 92/92 vuelta)—. Sobre el particular, destaca que su parte en modo alguno había omitido prestar asistencia habitacional de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, y que el amparo no resultaba ser la vía para cuestionar la forma en que las autoridades de aplicación ejecutaban los programas bajo análisis.

Afirma también que la Cámara de Apelaciones dictó una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14 de la CCABA) en tanto omitió ponderar que la prestación había sido cumplida en su totalidad, tornando la cuestión planteada en abstracta por ausencia de un acto lesivo.

Insiste en que se condenó al GCBA afectando su garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Tacha de arbitrario el pronunciamiento atacado y reitera lo expuesto en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto a que el caso, tal como ha sido resuelto, denota gravedad institucional (fs. 85/91).

La Fiscalía General propicia el rechazo del recurso de queja articulado por el GCBA “porque no contiene una crítica concreta y pormenorizada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad” (fs. 166/168 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que “...mientras subsista la situación actual de la amparista, le preste asistencia habitacional suficiente adecuada y hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad” (conf. fs. 202 vuelta de los autos principales).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC,¹³⁰ el punto 5.2 del

¹³⁰ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer de 44 años aproximadamente y que tiene dos hijos menores de edad a su cargo; desarrolla tareas de limpieza y que el monto obtenido por esos trabajos no le alcanza para dar sustento a su grupo familiar. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecido por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 292/294 de los autos principales; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación de la amparista y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario al confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que, mientras subsista la situación actual de la amparista, le preste asistencia habitacional suficiente y adecuada, vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;

vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.

viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. cons. 11° del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDES¹³¹) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea

¹³¹ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDES¹³¹, el destacado no obra en el texto original).

considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la

Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)'; C.764.XLVII. 'C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; C.766.XLVII. 'C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; D.127.XLVII. 'Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F. 60. XLVII. 'Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F.305.XLVII. 'Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.192.XLVII. 'G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416.XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[I]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la *ley 4036*, es una cuestión

que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1º/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹³²—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitan-

¹³² Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

te), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2^o, párr. 3^o, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8^o al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3^o del inc. 2^o del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los*

niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado *in re*: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en

el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que —sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar—: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que se ataca; *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido; *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco es atacada en su anclaje constitucional; *d)* no explicita ni funda adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo decidido, así como tampoco por qué lo decidido reviste gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandis* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la gravedad institucional se presenta insustancial y genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —véase *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Las circunstancias *supra* indicadas resultan suficientes para decidir que la queja del GCBA no puede prosperar, toda vez que los agravios trasuntan meras discrepancias con lo resuelto.

No obstante, al margen de lo expuesto, entiendo oportuno destacar aquí que la decisión adoptada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en el presente caso se sustenta principalmente en la apreciación fáctica de la particular situación de vulnerabilidad por la que transita la actora y su grupo familiar, la que considero podrían enmarcarse dentro de los parámetros referenciados por la CSJN en la causa “Q.C.S Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos*, 335:452.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 85/91.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 85/91 vuelta fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar, porque no contiene una crítica suficiente de la resolución interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar el acceso del quejoso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que: *i*) las materias tratadas en la sentencia de fondo habían quedado “circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y las normas que las rigen las cuales tienen carácter infraconstitucional” (fs. 2 vuelta), *ii*) las garantías y principios constitucionales invocados por el recurrente no guardaban “relación directa e inmediata con lo decidido” (fs. 2 vuelta), *iii*) “el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 2 vuelta). En relación con la arbitrariedad que el GCBA atribuyó a la decisión que impugna, los magistrados de la Sala II recordaron la jurisprudencia del Tribunal, según la cual esta “no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende solo a los supuestos de omisiones de gravedad extrema en que, a causa de ellas, lo decidido conduzca a resultados insostenibles” (fs. 3).

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile su recurso de inconstitucionalidad. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II. Las aisladas referencias a principios constitucionales que el quejoso efectúa, por su parte, carecen de toda articulación con el auto denegatorio.

Como lo expliqué en numerosos precedentes, “es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad” (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). El incumplimiento de este requisito, sella la suerte adversa de la presentación.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja intentada por el GCBA. Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 292/294 de los autos principales y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLVI - F. U., C. C. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN F. U., C. C. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Derecho a la vivienda digna. Garantías procesales. Defensa en juicio. Principio de congruencia. Derechos sociales. Tutela judicial efectiva. Función jurisdiccional.

Expte. SACAyT n° 10.190/13 - 23/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. C. C. F. U. y sus hijos G. F. U. y N. L. F. U., promueven acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se ordene a la autoridad administrativa incorporarlos a los programas de emergencia habitacional para garantizarles una solución habitacional en condiciones dignas, mientras subsista su situación de emergencia (fs. 1/59 de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hace lugar a la acción entablada y ordena al GCBA que preste asistencia habitacional a la actora y a su grupo familiar hasta tanto cese su estado de necesidad, propiciando además una salida laboral para los hijos de la accionante (fs. 365/371).

2. El GCBA apela y expresa agravios (fs. 378/381), los que son oportunamente contestados por la actora (fs. 384/394). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, hace lugar al recurso y revoca la sentencia. La mayoría destaca —sustancialmente— que la prueba producida en autos no acredita en forma suficiente el estado de vulnerabilidad social de los actores (punto 5 del voto del Dr. Esteban Centanaro y punto 2, párr. 2°, del voto de la Dra. Mariana Díaz) (fs. 451/454).

3. La actora —y el Defensor ante la Cámara de Apelaciones en calidad de gestor por G. F. U., N. L. F. U. y L. E. F. U.— interponen recurso de inconstitucionalidad (fs. 457/477). Acompañan copia del certificado de discapacidad de C. C. F. U. (fs. 479/483 vuelta). La gestión fue posteriormente ratificada solo por N. L. F. U. (fs. 489) y la Defensoría desistió de su intervención con personería de urgencia a favor de G. F. U. y L. E. F. U. (fs. 487).

Los recurrentes centralmente se agravian destacando que la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario conculca su derecho de defensa —cuando el grado de vulnerabilidad de la actora no había sido cuestionado por el GCBA—, y resulta además violatoria de su derecho a la vivienda, a la salud y a la igualdad —arts. 33 de la C.N. y 18 de la CCABA.

4. La Sala II, por mayoría, declara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad (fs. 501/502 vuelta). Sustancialmente los magistrados consideran que los actores no habían planteado un caso constitucional, en tanto la sentencia en crisis se había circunscripto a la interpretación de normas infraconstitucionales aplicadas a un contexto fáctico, cuya existencia no fue controvertida; motivo por el cual, las garantías, derechos

y principios constitucionales invocados no alcanzaban a relacionarse en forma directa e inmediata con lo decidido.

5. La actora C. C. F. U. interpone el recurso de queja *sub examine* (fs. 1/16 vuelta, de esta queja). Sostiene que los fundamentos esgrimidos por la Sala interviniente para rechazar su recurso de inconstitucionalidad resultan dogmáticos, carecen del desarrollo suficiente y no analizan los fundamentos *supra* referidos. En esta inteligencia, entiende que la sentencia resulta arbitraria.

6. La Fiscalía General propicia el rechazo de la queja articulada por la actora (fs. 22/24 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— no obstante debe ser rechazada por no rebatir en forma suficiente el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad intentado, así como tampoco acreditar que los planteos vertidos configuren un genuino caso constitucional —arts. 113, inc. 3º, de la CCABA y 27 de la ley 402.

Al resolver el recurso de inconstitucionalidad, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ponderó que “fueron tratadas todas las cuestiones relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso y, de hecho y prueba, a fin de determinar si la parte actora se encontraba comprendida en alguna de la prioridades previstas en la Constitución Local para mantener el beneficio del subsidio que se pretendía. [destacando que] (...) las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión quedaron circunscriptas al análisis de los elementos de juicio aportados a los fines de tener o no por configurada la ilegitimidad del proceder de la contraria” (fs. 501vta y 502).

De conformidad con lo expuesto, los planteos formulados por la apelante *supra* referidos remiten necesariamente al relevamiento de aspectos de hecho y prueba bajo el análisis de normas infraconstitucionales —relativas a la acreditación en el caso de la potencial o efectiva situación de calle en que se encuentre, su grado de vulnerabilidad social (leyes 3706 y 4036) la correspondencia, suficiencia o insuficiencia del otorgamiento de un subsidio (dec. 690/06 y modificatorios), e incluso eventualmente el grado de amenaza sobre la existencia misma de la accionante (véase *Fallos*, 335:452 punto 12 y cc)— cuyo debate, por vía de principio, no corresponde a esta instancia.

Los planteos formulados sobre la vulneración al principio de congruencia deben desestimarse en tanto la actora no logra acreditar que los jueces de la causa hubieren fallado por fuera de lo pretendido o introducido cuestiones ajenas a las cuestiones planteadas y resueltas en la litis.

Por otra parte, debe recordarse aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Por último, corresponde destacar también que la documental presentada a fs. 479/480 y 483 —más allá de la cuestión atinente a la procedencia formal de su tratamiento—, tampoco logra conmover lo resuelto en cuanto a la acreditación de la imposibilidad de la accionante para valerse por sus propios medios en su condición, aún ponderado la enfermedad alegada.

En consecuencia, debe colegirse del examen de la sentencia cuestionada que el tribunal *a quo* arribó —más allá de su acierto o error— a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación que impidan considerarlo como una sentencia fundada en ley, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Corresponde rechazar la queja deducida a fs. 1/16, porque no se ha acreditado la existencia de una cuestión constitucional (conf. art. 113.3 CCABA) o federal (conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478).

2. La invocada afectación del principio de congruencia no llega a demostrar que el *a quo* haya excedido su privativa facultad de establecer el alcance de las pretensiones de las partes y el *iura novit curia* (*Fallos*, 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros, y el voto del juez Lozano *in re* “Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3167/04, resolución del 3/3/2005). En este orden de ideas, aunque la recurrente afirma que la situación de vulnerabilidad de la parte actora no había suscitado agravio del GCBA, no se hace cargo de explicar por qué el modo en que abordó la cuestión propuesta el *a quo* excedió la competencia de establecer si los hechos probados —a cuyo respecto la recurrente no invoca que hubieran revisado aquellos tenidos por ciertos en primera instancia (v. gr., que la actora es una mujer de 50 años, aproximadamente, desempleada, con un nivel de instrucción primario, que padecería mal de chagas y que tendría problemas de visión)— colocaban o no al actor dentro de la clase “personas en situación de vulnerabilidad social” según la define el art. 6° de la ley 4036; ni por qué la pretensión recursiva del GCBA de que se revocara la sentencia de primera instancia y se rechazara el amparo no imponía establecer si la situación del actor generaba la obligación cuya titularidad el GCBA negaba.

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a asentar en cláusulas de jerarquía constitucional el derecho a la vivienda que la recurrente afirma titularizar frente al Estado local, tampoco suscita la jurisdicción de este Tribunal.

En efecto, en el tramo en que pretende que se encuentra en juego la interpretación de tratados de jerarquía constitucional, y afirma que “...cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad” (fs. 474 de los autos principales) no se hace cargo mínimamente de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” y que “...hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona” (considerandos 11 y 12).

A su turno, en el tramo que afirma involucrada la inteligencia que cabe asignar al art. 31 CCABA, la aplicación de esa cláusula al caso está mediada por las leyes que, en parte, lo reglamentan —leyes 3706 y 4036— (V. el voto que conjuntamente suscribimos *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘K.M.P.

c/GCBA s/amparo” (expte. n° 9205, sentencia del 21/3/2014), y cuya constitucionalidad no viene controvertida.

4. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que la recurrente formula respecto de la sentencia objetada que entendió que la actora no se encontraba en situación de vulnerabilidad social, el planteo remite a la interpretación del derecho de jerarquía inferior a la Constitución —la ley 4036—, materia esta privativa, como principio, de los jueces de mérito, sin que la recurrente muestre que es insostenible la conclusión a la que arribó el *a quo* en el sentido de que “[la situación descripta] no alcanza el grado de excepción suficiente como para considerar a aquella dentro del umbral necesario para acceder a la asistencia social pretendida en el caso” (fs. 452 de los autos principales).

5. Finalmente, no permite variar la solución expresada que la actora hubiera acompañado copia de certificado de discapacidad a fs. 483 de los autos principales, luego de haber deducido el recurso de inconstitucionalidad que esta queja vino a defender. Ello así, el agravio que la recurrente trae con la queja dirigido a objetar que los jueces de mérito no hubieran tenido en cuenta dicho certificado de discapacidad omite explicar cómo la actuación de la interesada los puso en el deber de resolver a ese respecto y que, con ello, la omisión resulte arbitraria, o que su planteo no resulte extemporáneo. Además de lo dicho, tampoco invoca que la inclusión de la constancia mencionada (que data del 2011) hubiera sido propuesta bajo los parámetros —y efectos— de un hecho nuevo en los términos del art. 293, CCAyT (conf. art. 28 de la ley 2145).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada, pues la recurrente no ha logrado acreditar la configuración de un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA.

2. En primer lugar, la parte actora pretende mantener ante este Estrado el agravio vinculado a que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al examinar su situación de vulnerabilidad, se habría expedido sobre una cuestión no propuesta por la demandada, afectando así el principio de congruencia y, consecuentemente, su derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, este planteo no puede ser atendido pues la interesada no ha logrado acreditar fundadamente que el tribunal *a quo* se haya excedido en el ámbito de sus competencias propias, al establecer el alcance de las pretensiones recursivas sometidas a su conocimiento.

En este sentido, la actora no ha logrado evidenciar que los jueces de la causa hayan fallado por fuera de lo pretendido por el GCBA, en la medida que la demandada oportunamente resistió la condena impuesta, ni ha demostrado que los magistrados intervinientes hayan introducido cuestiones ajenas a la *litis* para arribar al decisorio que la agravia.

En suma, tal como afirman mis colegas Conde y Lozano, en este punto no se ha demostrado que, en virtud de la pretensión recursiva incoada por la demandada, la alzada haya extralimitado su jurisdicción apelada al examinar la situación del actor a la luz de las normas vigentes en la materia y arribar así a una solución distinta a la propiciada por la primera instancia; máxime cuando en los procesos de amparos —y específicamente en aquellos en los que debaten obligaciones vinculadas a derechos sociales— debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia (doctrina de *Fallos*, 300:844; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros).

3. Ello sentado, cabe abordar otro grupo de agravios que se pretende mantener ante este Estrado dirigido a descalificar el decisorio en cuanto concluyó que la parte

actora no se encontraba comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6º de la ley 4036. En este sentido, vale recordar que los jueces de la causa desataron “en relación con la Sra. C. C. F. U. (madre del grupo familiar), conforme se desprende de los informes socio-ambientales obrantes a fs. 309/312 y 316/317, como datos relevantes a los efectos de evaluar si se encuentra en situación de vulnerabilidad social, cabe destacar que es una mujer de 50 años aproximadamente, desempleada, con un nivel de instrucción primario, que padecería de mal de chagas y que tendría problemas de visión. // Ahora bien, más allá de que lo expuesto en relación con los problemas de salud parecieran ser manifestaciones efectuadas en el marco en el que fueron desarrollados los informes aludidos sin aval probatorio específico (esto es, documentación emitida por profesionales de la salud), lo cierto es que, aun así, entendemos que la situación descripta no alcanza el grado de excepción suficiente como para considerar a aquella dentro del umbral necesario para acceder a la asistencia social pretendida en el caso. // Es que, más allá de las conclusiones a las que se ha arribado en el informe de fs. 309/312, no fue acreditado en autos con el margen de convicción suficiente que la Sra. C. C. F. U. se encuentre imposibilitada de obtener recursos por sí misma. // A eso debe añadirse que el grupo familiar se integra con sus tres hijos mayores de edad que gozan de un buen estado de salud y, como ha sido destacado en la sentencia recurrida, “...con la educación y la edad necesaria para poder obtener un empleo”. Es decir, que el grupo familiar se encontraría apto para realizar un esfuerzo razonable para superar el estado crítico en el que aducen encontrarse. // De ahí es que tampoco puede considerarse a los restantes coactores dentro del grupo de personas susceptibles de recibir la atención estatal pretendida. Nótese que se trata de tres personas cuyas edades oscilan entre los 20 y 25 años, sin problemas de salud y, como lo sostuvo la magistrada de primera instancia, con la instrucción necesaria como para obtener empleo” (conf. fs. 452, autos principales).

En lo que a estos planteos respecta, entiendo que tampoco permiten habilitar la instancia recursiva intentada. Ello es así pues, más allá de sostener una posición discrepante con las conclusiones a las que arribara la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario sobre la situación de la parte actora, no logran demostrar que el modo en que el tribunal *a quo* interpretó las normas legales aplicables (v. gr. la ley 4036), a partir de la ponderación de los informes agregados a la causa y las circunstancias que consideró relevantes para fundar su decisión —en ejercicio de potestades que por regla le resultan privativas—, constituya un desacierto de gravedad extrema a causa del cual aquel decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

En este punto es menester recordar que la *doctrina de la arbitrariedad de sentencia* —invocada por la recurrente como eje central de su argumentación— no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que solo atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar al pronunciamiento como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

4. Se advierte así que la invocada vulneración del derecho a la vivienda de la parte actora deviene genérica e infundada.

Es que, por un lado, tal como se señalara en el punto precedente, no se ha logrado demostrar el desacierto extremo de la conclusión a la que arribaran los jueces de la causa en punto a que la parte actora no se encontraría dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la

Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; en consonancia con la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Por su parte, si bien la recurrente cita en apoyo de su postura la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, lo cierto es que tampoco ha desarrollado fundamentación alguna para equiparar el supuesto de hecho de aquel caso con el que se plantea en el *sub lite*.

En efecto, tal como destacan mis colegas Conde y Lozano, no resulta ocioso recordar que allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. considerando 11° del fallo citado).

Solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el invocado precedente “Q. C., S. Y.”, y también la aplicada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y en causas acumuladas como: F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicolí, Juan Carlos c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”, entre otros).

En los demás supuestos, el máximo tribunal federal desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado por la cual se desestimaron pretensiones que perseguían el reconocimiento de un derecho irrestricto al acceso a subsidios habitacionales¹³³ (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucio-

¹³³ En aquel precedente afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales, aunque sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes, teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso. Solo de esa manera cada poder encontraba su límite dentro del juego constitucional.

nalidad'; A.867.XLVI. 'A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; B.881.XLVII. 'Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo'; D.127.XLVII. 'Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F. 60. XLVII. 'Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F.305. XLVII. 'Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.192.XLVII. 'G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416. XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros).

En suma, coincido con mis aludidos colegas en que las alegaciones realizadas por la parte actora a este respecto resultan sumamente lábiles toda vez que no se han hecho cargo fundadamente de la doctrina —honestamente leída— que emana del precedente del Alto tribunal federal ni, en consecuencia, de demostrar que, a la luz de lo allí dispuesto, lo resuelto en autos resulte palmariamente irrazonable.

5. Por lo demás, me permito añadir que lo decidido en autos no importa abandonar de ahora en más a la parte actora a su suerte sino tan solo examinar la conducta del GCBA —cuestionada mediante la presente acción de amparo— de cara a las circunstancias valoradas por los jueces de mérito; todo ello para hacer respetar el diseño de las políticas públicas efectuado por los poderes de gobierno que han tenido en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos.

En caso que las circunstancias sobrevinientes que la actora alega recién con posterioridad a la interposición de su recurso de inconstitucionalidad tengan gravitación determinante sobre su situación habitacional, nada obstará a que recurra a la Administración en busca de la tutela que entienda le asista conforme al régimen jurídico vigente.

En ese momento, corresponderá evaluar primeramente a la Administración si la actora podría encuadrar en una situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la ley 4036, como así también si la accionante podría ser incluida como beneficiaria de los programas allí establecidos. En el escrutinio que se haga, podrán valorarse, entre otras cuestiones, si quien peticiona la asistencia del Estado cuenta con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Código Civil, tenga “derecho a requerirle alimentos”, circunstancia que debe ser adecuadamente ponderada. Recordemos que el art. 372 dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y *vestuario* correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades” (art. 372 C.C., el destacado no obra en el texto original).

Solo en el supuesto que la decisión administrativa se considere ilegítima, podrá ser cuestionada por la interesada en busca de su revisión mediante la tutela judicial pertinente.

Es que, aun cuando la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, no puede desconocerse que dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales, provinciales y de la Ciudad.

Finalmente, me permito insistir en que, en la medida en que en estos procesos en los que se persigue el control judicial de la asistencia estatal en materia habitacional existen diversos aspectos que no quedan alcanzados por la cosa juzgada material

—pues la existencia y alcance de la obligación en cabeza del GCBA depende de las peculiares circunstancias de los sujetos beneficiarios, muchas de ellas mutables en el tiempo—, ciertas cuestiones pueden ser replanteadas por ambas partes atendiendo a esas circunstancias sobrevinientes y concretas; por ser dinámicos los presupuestos fácticos a tener en cuenta para brindar la protección que acuerdan las normas vigentes. Y es justamente en ello donde reside parte del desafío que representa para el Poder Judicial la problemática vinculada a la exigibilidad y extensión de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurí-

dica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹³⁴

¹³⁴ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efec-

esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho". "Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

tividad de los derechos aquí reconocidos” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹³⁵ o “Sejean”¹³⁶ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

6. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

¹³⁵ 347 Scotus 483 (1954).

¹³⁶ *Fallos*, 308:2268 (1986).

En la causa “Tolozá” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar que “alcanza el grado de excepción suficiente como para considerarla dentro del umbral necesario para acceder a la asistencia pretendida en el caso”. La fórmula lingüística elegida indigna por su hipocresía y también por su ambigüedad insalvable. ¿Cuál es el criterio que define ese umbral?, y ¿cómo es posible afirmar que en un caso como el de autos debe demostrarse un “grado de excepción suficiente”? Es que, como tengo dicho¹³⁷, los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

¹³⁷ RUIZ, Alicia E. C.: *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual la Sra. F. U. no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer de 52 años con educación primaria que, al igual que su grupo familiar, se encuentra excluida del mercado laboral formal, habiéndose dedicado desde temprana edad al trabajo doméstico. Eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el acceso a un trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la precariedad habitacional constituye para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

8. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el dec. 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCABA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: *a)* admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la parte actora, *b)* imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por C. C. F. U..

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLVII - BARRIONUEVO, ISABEL Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/ AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. Arbitrariedad de sentencia. Deberes y facultades del juez. Sentencia. Reglas para dictar sentencia. Fundamentación de sentencias. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Situación de vulnerabilidad. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Niños, niñas y adolescentes. Devolución del expediente. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.235/13 - 23/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 402/415 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento (fs. 380/383 vuelta); en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" (fs. 383) y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 383/383 vuelta).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/

amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 30133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n° 13817/0, el 13/10/06, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 402/415 vuelta), la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravó del decisorio porque la Cámara, en lo que respecta al monto de la obligación reconocida, se había apartado sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que había hecho de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 421/422 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 428/449 vuelta). A su turno, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto

por el GCBA, revocar la sentencia y reenviar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 451/461 vuelta).

6. A fs. 468 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCaYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Desde nuestro punto de vista, en el caso la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida al agravio constitucional por el que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró formalmente admisible el recurso en examen (interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda). Por ello, consideramos que los distintos planteos esgrimidos integran el ámbito de la revisión instada ante este Tribunal (conf. doctrina de *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

2. Ello sentado, entendemos que el GCBA recurrente ha logrado acreditar que la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario brindó un fundamento tan solo aparente al hacer lugar a la demanda en los términos ya reseñados.

En este sentido, los jueces de la causa no demostraron haber conectado la solución a la que se arribó con la valoración de las concretas circunstancias que atraviesa el grupo familiar accionante. Es que el peculiar modo en que el tribunal *a quo* dictó sentencia en autos —mediante la confección de un listado de actuaciones en el expediente madre y el agregado de una fotocopia simple en los restantes casos— dificulta la comprensión de los distintos elementos ponderados al momento de determinar la situación de vulnerabilidad en que se encontraría la parte actora.

En efecto, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda teniendo en cuenta que la Sra. Barrionuevo se encontraba sola y con sus hijas a su cargo, una de ellas menor de edad. Sin embargo, omitió examinar si el grupo familiar accionante cumple con los requisitos que establece la ley 4036 para obtener el beneficio solicitado. No explicó si la vulnerabilidad social que invoca encuadra en lo dispuesto en el art. 6°, si cumple con el requisito de anclaje en la Ciudad y si pertenece a alguno de los grupos que la ley dispuso atender de manera diferenciada, según sus características; por ejemplo: personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social; niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad social (conf. sentencias dictadas por este Tribunal *in re*: “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014; “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9903/13, sentencia del 4/6/2014 y “GCBA s/queja por recurso

de inconstitucionalidad denegado en: Abdala, Analía Verónica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto 2014). Máxime cuando de las constancias de la causa surge que en ese momento dos de las hijas habían dejado de ser menores de edad y en la actualidad ninguna de ellas lo es, y que la Asesora Tutelar General ha intervenido en tutela de los derechos de la nieta de la actora que nació con posterioridad al inicio de la acción.

Más allá del amplio margen de valoración que tienen los jueces de la causa respecto de las pruebas producidas en el expediente —materia que, por regla, resulta de su privativa competencia—, lo cierto es que el fallo adoptado debe poder derivarse de las consideraciones desarrolladas en la sentencia sobre los aspectos de hecho y de derecho involucrados; circunstancia que aquí no se exhibe claramente.

3. En suma, le asiste razón a la recurrente cuando invoca la insuficiencia de fundamentos del *a quo* para resolver como lo hizo; motivo por el cual el pronunciamiento resistido debe ser descalificado. En consecuencia, corresponde a la Cámara dictar un nuevo fallo en el que se pondere fundadamente la situación de la parte actora —que pareciera haber tenido modificaciones sustanciales desde el inicio de las actuaciones—, a la luz de las normas vigentes en la materia.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia objetada y reenviar las actuaciones a la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vi-

gencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e incons-

titucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹³⁸

¹³⁸ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad*. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación* en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° *es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’*. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a*

lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹³⁹ o “Sejean”¹⁴⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad

¹³⁹ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁴⁰ Fallos, 308:2268 (1986).

está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolosa” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* la sentencia de fs. 380/383 vuelta y *devolver* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo un nuevo fallo conforme a derecho.

4º. *Imponer* las costas por su orden.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLVIII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ACUÑA, OLGA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Subsidio estatal. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas con discapacidad. Alojamiento. División de poderes. Exceso de jurisdicción.

Expte. SACAyT n° 9895/13 - 23/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 12/7/2010 el Tribunal dictó sentencia en los autos “Acuña, Olga c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 7224/10, disponiendo, por mayoría, reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los jueces que habían pronunciado la decisión impugnada se expidieran nuevamente con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09.

Reenviadas las actuaciones, la Sala II resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y confirmar el decisorio de grado (fs. 347/349 de los autos principales, a cuya foliatura se hará referencia en lo sucesivo, salvo indicación en contrario), que había hecho lugar al amparo promovido por Olga Acuña y condenado al demandado a: *i)* “[a]rbitrar los mecanismos constitucionales enderezados a proveer a la amparista de una ubicación habitacional *configuradora del ‘derecho a la vivienda adecuada’ (...)* hasta el cumplimiento (...) de los objetivos particulares y generales pautados en el dec. 690/06 (...)”, y *ii)* “[c]olaborar (...) en la búsqueda de soluciones alternativas de superación de la crisis (...)” (fs. 133/143 vuelta, el subrayado y el destacado corresponden al original).

Para así decidir, los jueces consideraron las pautas dadas por el Tribunal a la luz de lo establecido en la ley 4036. También tuvieron en cuenta que la actora era una mujer de 56 años, con discapacidad —que se encontraba en inminente situación de calle al momento de iniciar demanda—, cuyos únicos ingresos provenían de una beca de estudios otorgada por el GCBA. Concluyeron que la situación descripta era prioritaria en los términos de la legislación pertinente.

2. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 352/362 vuelta). Sostuvo que la sentencia era violatoria del derecho de defensa en juicio, de la garantía del debido proceso legal adjetivo, del derecho de propiedad, y del principio republicano de división de poderes. Denunció arbitrariedad y gravedad institucional.

La parte actora contestó el traslado que se le corriera, solicitando que se declarara inadmisibile el remedio interpuesto por el demandado (fs. 366/382 vuelta).

3. La Sala II declaró inadmisibile el recurso (fs. 384/385 vuelta). Consideró que el GCBA se había limitado a mencionar en forma genérica las garantías y principios constitucionales que entendía afectados sin vincularlos a la causa; y que las cuestiones que habían sido objeto de tratamiento y decisión en la sentencia recurrida se circuns-

cribían a la interpretación de normas infraconstitucionales como la ley 4036 y el dec. 690/GCBA/06 y sus modificatorios.

4. Frente a tal pronunciamiento, el GCBA planteó el recurso de hecho que dio origen a estas actuaciones (fs. 74/80 de la queja).

5. Requerido su dictamen, el Fiscal General propició el rechazo del recurso directo pues consideró que este no satisfacía el requisito de debida fundamentación (fs. 112/115 vuelta de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Sala II —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que "...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— resolvió confirmar la sentencia de grado en cuanto condenó al GCBA a que "...[a]rbitre los mecanismos constitucionales enderezados a proveer a la amparista de una ubicación habitacional configuradora del 'derecho a la vivienda adecuada' en los términos explicitados en la normativa internacional descripta *ut supra* en el punto 2.3. Ello, hasta el cumplimiento en el caso específico del *sub judice*, de los objetivos particulares y generales pautados en el dec. 690/06 como marco del programa de emergencia habitacional, merituando la normativa vigente a la fecha en que ha sido interpuesta la demanda.// 2) Colaborar en forma conjunta en la búsqueda de soluciones alternativas de superación de la crisis, con una evaluación mensual del avance o dificultades en la obtención de propuestas.// 3) Informar mensualmente al juzgado del cumplimiento del presente" (conf. fs. 143/143vuelta y 349).

2. Fundó esa decisión en el art. 25, inc. 3, de la ley 4036, que acuerda a las personas discapacitadas (conf. la definición que da el art. 23 de la ley), que cumplan con los demás requisitos que la ley establece, el derecho a un alojamiento. En particular, destacó que la parte actora "...es una mujer sola de 56 años que al momento de iniciar la demanda se encontraba en inminente situación de calle.// Respecto de su situación de salud, [dijo que] la Sra. Acuña manifestó padecer una deficiencia motriz aguda, producto de una operación de hernia de disco [y que p]osee certificado de discapacidad" (conf. fs. 348vuelta).

3. Primeramente, el GCBA recurrente no muestra el exceso jurisdiccional en que sostiene incurrió la Cámara al resolver en el modo en que lo hizo, es decir, con apoyo en la normativa vigente al tiempo de la emisión de la sentencia (conf. la ley 4036).

Conforme tenemos dicho la Dra. Conde y el suscripto, las decisiones en esta especie de procesos no causan estado —conf., entre otros, nuestro voto conjunto *in re* "X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

Dicho de un modo sintético, las razones por las que esas decisiones no causan estado, tal como lo he señalado en diversas oportunidades (a las que me remito¹⁴¹), son,

¹⁴¹ Conf. Mi disertación en el II Encuentro Patagónico con Maestros del Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la Localidad de Lago Puelo los días 7, 8 y 9/3/2013. Actividad organizada por el Su-

por un lado, porque apuntan, centralmente, a regir situaciones futuras; circunstancia que lleva a que deban ser revisadas cuando ocurre una modificación en las normas o en los hechos en que encontraron apoyo; y, por el otro, porque constituyen el ejercicio excepcional de una función que se mantiene como propia de la Administración, razón por la cual la Administración siempre está en condiciones de recuperar su ejercicio. Ahora, para que se justifique una medida judicial de esta especie es menester, como principio, que la Administración haya omitido ejercerlas, y el juez haya establecido que la omisión es ilegítima, haber agotado los mecanismos que el ordenamiento le brinda para compeler el cumplimiento y encontrar que el orden jurídico lo inviste de la potestad de disponer excepcionalmente medidas de esta especie para sustituir a una administración reticente.

4. En segundo lugar, el GCBA sostiene que la Cámara obró de modo arbitrario al concluir que la parte actora está en situación de vulnerabilidad; pero no se ha hecho cargo, cualquiera sea su mérito, de las razones que le dio la Cámara para sostenerlo. En este orden de ideas, el GCBA dice que "...el decisorio en crisis pretende aplicar los términos del art. 18 de la Ley 4036 al presente caso, ya que dogmáticamente considera al actor[SIC] que por tener la edad de (61) años se encuentra en una situación de vulnerabilidad" (conf. fs. 358). A ello agrega "...que si bien el actor destacó que tenía (56) años al inicio de autos, destacó que ejerce la actividad privada..." (conf. fs. 358).

Pero no se observa la correlación que habría entre esos dichos y la situación analizada por la Cámara en este expediente. En efecto, la Cámara apoyó su decisión en el art. 25, inc. 3º, de la ley 4036, no el 18 que indica el GCBA; la parte actora es aquí una mujer, Acuña Olga, no un hombre como señala el GCBA; y la Cámara dijo que los ingresos de la actora "...proviene de una beca otorgada por el GCBA..." (conf. fs. 348 vuelta). De ahí que el GCBA no muestra la arbitrariedad que le apunta a la sentencia de Cámara.

5. En ese marco —en el que no viene discutido ni la interpretación de la ley 4036 que hizo el *a quo* ni la situación de discapacidad y vulnerabilidad en que entendió la Cámara se encuentra la actora— el GCBA no muestra que la ley 4036 no dé suficiente sustento a la sentencia de Cámara en cuanto le reconoce a la parte actora el derecho a un alojamiento (conf. el art. 25, inc. 3, de la ley 4036).

6. Empero, sí prosperan los planteos que el GCBA dirigió a cuestionar el alcance de la condena impuesta. En efecto, al igual que *in re* "X. F. E., T.", entiendo que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que dijera cómo se va atender el derecho que le asiste al accionante.

Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda de la aquí actora (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones. Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

perior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut conjuntamente con el Centro Patagónico de Estudio e Investigación de Derecho Procesal, el Colegio Público de Abogados de Esquel y el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, y el punto 4 de mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA s/amparo", expte. n° 8772/12, sentencia del 26/12/2013.

Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar a la queja; revocar la sentencia de Cámara de fs. 347/349 de los autos principales; y, condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique la jueza de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Comparto —en lo sustancial— los desarrollos contenidos en el voto del juez Luis F. Lozano y, en consecuencia, a ellos remito en homenaje a la brevedad.

Por lo expuesto, suscribo también la solución allí se propicia.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 74/80 fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar, porque no cumple la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

2. Para declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad del GCBA, los jueces *a quo* sostuvieron: *i*) que las cuestiones decididas en la sentencia de fondo habían quedado “circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y las normas que las rigen (...) todas ellas de carácter infraconstitucional” (fs. 384 vuelta, autos principales), *ii*) que las garantías y principios constitucionales invocados por el recurrente no guardaban “relación directa e inmediata con lo decidido” (fs. 384 vuelta, autos principales), y *iii*) que “el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 385, autos principales).

Los magistrados de la Sala II también descartaron la concurrencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia (fs. 385 vuelta, autos principales).

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles sus recursos de inconstitucionalidad. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II. Las aisladas referencias a principios constitucionales que el quejoso efectúa, por su parte, carecen de toda articulación con el auto denegatorio.

Como lo expliqué en numerosos precedentes, “es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad” (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001). El incumplimiento de este requisito, sella la suerte adversa de la presentación.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja intentada por el GCBA.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 74/80.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 347/349 vuelta de los autos principales y condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique la jueza de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLIX - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA NORTE EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN LEGAJOS DE JUICIO EN AUTOS: VÁZQUEZ, CLAUDIA ELIZABETH S/INFR. ART(S) 149 BIS, AMENAZAS - C.P. (P/L 2303)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. Derechos y garantías constitucionales. Debido proceso. Deberes del juez. Proceso penal. Audiencia de debate. Oposición del fiscal. Cuestión constitucional.

Expte. SAPCyF n° 9574/13 - 23/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía de Cámara Norte interpuso recurso de queja (fs. 178/190) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, obrante a fs. 171/176, que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a su turno, contra el pronunciamiento de fs. 138/140. Mediante este último, la Cámara confirmó lo resuelto por la jueza de primera instancia, en cuanto absolvió a Claudia E. Vázquez, en orden al hecho por el cual el Ministerio Público Fiscal requirió el caso a juicio.

2. En concreto, en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 153/165), el Fiscal ante la Cámara se agravió: *a)* por el desconocimiento de la autonomía funcional y autarquía del Ministerio Público Fiscal, en tanto, según lo afirma, la confirmación por parte de la Cámara de lo resuelto por la jueza de primera instancia habría significado un avasallamiento ilegítimo de las facultades del Fiscal General en cuanto a la posibilidad de sustituir a los Fiscales de grado; *b)* por la afectación del principio de imparcialidad, toda vez que, a su criterio, la jueza de primera instancia le habría sugerido a la Defensa de la imputada lo que debía hacer luego de que el Fiscal de grado explicó que no estaba en condiciones de formular su imputación en los términos del art. 227 y que se oponía a la apertura del debate; y *c)* por la violación del sistema acusatorio, en tanto la jueza de primera instancia habría absuelto a la imputada, a pesar de que no habría tenido el impulso necesario de la Fiscalía, para la apertura del juicio, ni habría tenido en consecuencia una falta de acusación por parte de la Fiscalía que la habilitara para el dictado de la absolución (de acuerdo a la síntesis de fs. 155).

A su turno, los jueces de la Sala II sostuvieron, al denegar el recurso de inconstitucionalidad, que el recurrente no había logrado plantear un caso constitucional (voto de los jueces De Langhe y Bosch) y/o que el Ministerio Público Fiscal carece de la legitimación necesaria como para articular la vía extraordinaria intentada (voto del Dr. Delgado).

3. El Fiscal General, al tomar la intervención requerida por el Tribunal, sostuvo los recursos interpuestos por la Fiscalía de Cámara y solicitó que se admitiera la queja, se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad y se dejara sin efecto los pronunciamientos atacados, apartando a la Titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9, devolviendo el caso a primera instancia a fin de que, previa designación de

un nuevo magistrado, se llevara a cabo el juicio que ha sido oportunamente requerido por el Ministerio Público Fiscal (fs. 194/203).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La presentación de hecho del Ministerio Público Fiscal satisface los recaudos de tiempo y forma exigibles en la especie (art. 33, ley 402). A su vez, contiene una crítica concreta, suficiente y adecuada de los argumentos que esgrimió la Sala II del tribunal *a quo* para declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad cuya procedencia promueve.

En ese sentido, a través de su presentación de hecho el Fiscal ante la Cámara intenta demostrar que el pronunciamiento de la Sala II que confirmó la sentencia absolutoria habría convalidado diferentes nulidades de carácter absoluto que están vinculadas con las formas sustanciales del juicio. En esta tarea, la Fiscalía de Cámara logra plantear una discusión constitucional con respecto al alcance que tiene el sistema acusatorio vigente (art. 13, CCABA) y a la interpretación que, conforme a aquel sistema, corresponde otorgarle a ciertas reglas infraconstitucionales que regulan algunos aspectos del debate referidos a la intervención y competencia del Ministerio que representa (arts. 227 y 244, CPPCABA). Al respecto, el recurrente denuncia que en autos se habría llevado adelante el juicio sin el impulso necesario de su parte y que la jueza de primera instancia, sin ninguna razón legal, se habría autoimpulsado para entender abierto el debate —desoyendo injustificadamente la oposición del acusador— y se habría extralimitado al dictar una sentencia absolutoria, sin dar un motivo válido para ello (pto. 2.c de las resultas de esta sentencia).

La fundamentación propuesta, entonces, alcanza para que esta queja prospere, toda vez que el recurrente acierta al sostener que la discusión que oportunamente había planteado no se limitaba a la interpretación de normas infraconstitucionales, ni remitía exclusivamente a la simple valoración de las cuestiones propias de las instancias inferiores, sino que ella se involucraba con la existencia de una auténtica cuestión constitucional y con la existencia de vicios de argumentación en los pronunciamientos dictados, de cara a las particularidades del conflicto ventilado.

2. Resumidamente, la jueza de primera instancia convocó a las partes a la audiencia de juicio y el día hábil anterior a que la misma tuviera lugar el Fiscal de primera instancia solicitó fundadamente su postergación, debido a que con carácter previo había sido citado a participar en otra audiencia en el marco de otro proceso que tramita en otro Tribunal. La jueza interviniente no hizo lugar a dicha solicitud, porque la consideró intempestiva y porque opinó que la participación del Fiscal interviniente podía ser suplida por otro colega en función del principio de “unidad” de actuación (fs. 100).

El día previsto para el juzgamiento, el Fiscal no se presentó y frente a ello el actuuario del Tribunal lo contactó telefónicamente, logrando más tarde que se hiciera presente. El Fiscal manifestó que había concurrido al Tribunal al solo efecto de reiterar verbalmente el motivo que le habría impedido asistir a la audiencia —vinculado con un compromiso previo del que dio precisión— y se opuso a la apertura del debate, debido a que, según lo afirmó, no había podido preparar el caso y citar a los testigos de cargo. La jueza interviniente, en función del sistema acusatorio y lo sucedido en la audiencia, absolvió a la imputada, porque consideró que no habría habido acusación por parte de la Fiscalía (fs. 105/106).

Contra esa decisión, la Fiscalía interpuso un recurso de apelación en el cual denunció que la jueza de mérito interviniente: “resolvió absolver a la imputada en autos,

sin llevar a cabo el juicio y bajo el fundamento de falta de acusación (...) y, conforme consta en el acta labrada (...), surge que el único acto que se llevó a cabo fue una manifestación arbitraria y autoritaria de (...) quien decidió dar por iniciado un debate a pesar de la oposición concreta de [esa Fiscalía] (...) y *alejada de todos los parámetros legales exigidos* por el ritual” (fs. 107 vuelta; la bastardilla fue añadida). Al momento de mantener el recurso de apelación, el Fiscal ante la Cámara —en lo que ahora interesa— desarrolló: *i*) que “el juicio lo promovió la misma jueza para poder absolver a la encartada sin invitar al fiscal a formular oralmente la imputación”, *ii*) que “no hubo impulso fiscal para poder declarar abierto el debate” y que, por ello, *iii*) “se afectaron las formas esenciales del juicio, del principio acusatorio por autoimpulso de la jueza y, como consecuencia, perdió la imparcialidad” (fs. 138 vuelta /139; según el relato que se efectúa en la sentencia de Cámara).

A su turno, la Sala II advirtió en primer lugar que el giro que la Fiscalía de Cámara le habría dado a la argumentación contenida en dicha apelación obstaba el tratamiento de los planteos de “nulidad” articulados ante la alzada por aplicación de los arts. 282 y 284 del CPPCABA. No obstante ello, la Sala II entendió que de todas maneras la decisión en crisis debía ser confirmada. Ello así, porque (a) “[n]uestro sistema de enjuiciamiento penal requiere (...) ciertos actos de impulso de las partes en virtud de la división de los poderes ejercidos en el proceso, el que se inició a instancia del acusador. Una vez realizada la [presente] audiencia de juicio, no obstante, no se efectuó mérito de la prueba ni se mantuvo la pretensión al momento de alegar”; y porque (b) en los precedentes “‘Tarifeño’ [(Fallos, 325:2019)] y ‘Mostaccio’ [(Fallos, 327:120)], la CSJN ha sostenido que] resulta necesario que *la acusación* que realiza el fiscal al momento de requerir la elevación a juicio sea mantenida en el momento de realizar las *conclusiones* ya que de no sostenerse, no se cumple con el objetivo de acusar solicitando pena (...) [y ello conduce] a la declaración de deserción de la instancia” (fs. 140 y vuelta; la bastardilla fue añadida).

3. Ahora bien, también procede el recurso de inconstitucionalidad con relación al fondo de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal, porque le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, en cuanto a la invocada afectación del sistema acusatorio (art. 13, CCABA). La sentencia absolutoria dictada en primera instancia y confirmada, en lo que ahora interesa, por la Sala II de la Cámara de Apelaciones se encontró *ab initio* viciada de nulidad absoluta por exceso de jurisdicción (arts. 71 y 72, incs. 1° y 2°, CPPCABA, 13.3, *in fine*, de la CCABA). Este defecto, a su turno, fue mantenido hasta esta instancia sobre la base de una argumentación que —como se verá— igualmente merece ser descalificada por este Tribunal.

Al margen de las objeciones o cuestionamientos que podrían hacerse con relación a la particular actuación que en este caso ha tenido el Fiscal de primera instancia, lo cierto es que han sido las decisiones jurisdiccionales de los jueces de ambas instancias las que en definitiva han alejado a este caso del marco constitucional y legal que debió regirlo. En otras palabras, aun en el supuesto de que la conducta del Fiscal interviniente y/o de sus hipotéticos problemas de agenda pudieran ser merecedores de un reproche en la órbita correspondiente, lo relevante a los fines de esta sentencia es que en el caso se ha convalidado un procedimiento *sui generis* al margen de lo regulado en las normas infraconstitucionales, de carácter adjetivo, que rigen los procesos judiciales. Al respecto, el régimen infraconstitucional que instaura las reglas de procedimiento para la adecuada tramitación de las causas —con relación a las pautas a las que tiene que ceñirse el debate y también con relación al tratamiento de las cuestiones que deben ser abordadas durante el trámite de un recurso de apelación— constituye una instrumenta-

ción de la garantía del debido proceso y no puede ser alterado o desconocido por quienes tienen el deber de aplicarlo.

3.1. En primer lugar, el pronunciamiento de la Cámara, que la Fiscalía objeta a través del recurso de inconstitucionalidad, no consagra una solución ajustada a derecho, porque la argumentación sobre la cual se sustentó dicha decisión —tal como fuera sintetizado en el cuarto párrafo del punto 2 de este voto— se muestra incongruente con la discusión propuesta y no puede ser considerada una respuesta válida, por parte del tribunal de alzada.

En efecto, si bien es cierto que el Fiscal de Cámara en alguna medida incorporó varios planteos que no habían sido objeto de cuestionamiento por parte de su inferior jerárquico en el recurso de apelación, lo relevante es que no sucedió lo mismo, a mi modo de ver, con relación al agravio por el cual el recurso de inconstitucionalidad triunfa. En tal sentido, aunque es innegable que el Fiscal de Cámara profundizó o encuadró de un modo probablemente más prolijo los fundamentos contenidos en la apelación, el planteo referido a que, en definitiva, la jueza de primera instancia interviniente “decidió dar por iniciado un debate a pesar de la oposición concreta (...) y alejada de todos los parámetros legales exigidos por el ritual” (fs. 107), no dista notoriamente, más allá del *nomen iuris* empleado, de la discusión constitucional que llega a este Tribunal.

La mera lectura de la síntesis desarrollada en el punto 2 de este voto alcanza para poner al descubierto que en verdad ambos planteos guardaban directa vinculación entre sí y, en consecuencia, el cuestionamiento no podía ser solamente desechado sobre la base de una interpretación estricta de los límites de la intervención que les corresponde a los Fiscales que actúan ante la Cámara (arts. 282 y 284, CPPCABA), respecto de los recursos deducidos por sus colegas de primera instancia. Simultáneamente, el Fiscal de Cámara entendió que su cuestionamiento se relacionaba con una nulidad de orden general (arts. 71 y 72, CPPCABA) y declarable “de oficio en cualquier estado y grado del proceso por el tribunal interviniente”; cuestionamiento que en el caso la defensa pudo resistir (fs. 132/133 y 136/137) y que en consecuencia justificaba por parte de la Cámara una mínima explicación acerca del motivo por el cual su planteo carecía de toda incidencia en la correcta solución que correspondía darle al caso *sub examine*.

Seguramente por ese motivo la Sala II no se circunscribió a señalar la extemporaneidad de ese planteo referido al sistema acusatorio y ensayó una supuesta respuesta al mismo. Sin embargo, al hacerlo terminó por completar la cadena de desaciertos que comenzó con la desmesurada actuación de la jueza de grado. Ello es así, por cuanto al concluir que “[u]na vez realizada la audiencia de juicio (...) no se efectuó mérito de la prueba ni se mantuvo la pretensión al momento de alegar” y que, siguiendo precedentes de la CSJN, “resulta necesario que la *acusación* que realiza el Fiscal (...) sea mantenida en el momento de realizar las *conclusiones*” (fs. 140/141; bastardilla propia), no le resta importancia al planteo, sino que, por lo contrario, reconoce que la Fiscalía tenía muy buenas razones para oponerse a lo ocurrido. Al respecto, para descalificar esa respuesta jurisdiccional a la luz de lo que en definitiva se decidió creo que basta con decir que ella importó una verdadera petición de principio, en tanto —de acuerdo al razonamiento sostenido— se tuvo por celebrado precisamente aquello que la Fiscalía denunciaba que no se había podido llevar a cabo, es decir, el debate y la consecuente posibilidad de que se analizara la prueba y de que tuvieran lugar las conclusiones sobre ella.

En pocas palabras, la respuesta brindada por los colegas de la Sala II no los conducía a la solución que finalmente adoptaron, en la medida en la cual si no hubo conclusiones fue —justamente— porque la jueza de primera, al obrar alejada de todos los parámetros legales exigibles, no lo permitió.

3.2. Por su parte, la jueza de primera instancia interviniente creyó que se encontraba habilitada —o incluso obligada— para absolver a la imputada, a pesar de que en ningún momento tuvo lugar el acto de impulso necesario para la “*apertura del debate*” (art. 227, CPPCABA) en función del cual podría entenderse válidamente abierto un juicio oral y público. Este acto de impulso se materializa —de acuerdo al régimen ritual aplicable— cuando el Tribunal invita a quien ejerza la acción a formular “oralmente la *imputación* conforme el requerimiento de juicio”, se invita igualmente a la Defensa “a presentar su exposición” y, solo luego de todo lo anterior, “[i]nmediatamente después (...) declarará abierto el debate”.

En autos, la concreta oposición por parte de la Fiscalía interviniente a formular dicha “imputación” oralmente y su incuestionable protesta a que se considerase “abierto” el debate, legalmente, constituyeron un vallado formal que le impedía al Tribunal actuar de la manera en que lo hizo. Al respecto, la jueza de grado de ninguna manera podía avanzar declarando por sí misma “abierto” un juicio contradictorio, al cual —más allá de su acierto o error— la Fiscalía había manifestado su intención de no querer participar y menos aún podía entender que aquí no habría habido una “acusación”. La confusión en la que al parecer se incurrió se muestra manifiesta, puesto que ese otro acto procesal técnicamente tendría lugar luego de la “recepción de las pruebas”, cuando todos los sujetos intervinientes “aleguen sobre ellas y formulen sus *conclusiones*”; momento procesal distinto en el cual, vale la pena recordarlo, el “pedido de absolución [concretamente] formulado por el/la Fiscal dará por terminado el debate e implicará la libre absolución (...) cuando no hubiera habido *acusación* de la querrela” (art. 244, CPPCABA; bastardilla agregada). Asimismo, adviértase que el razonamiento expresado por el tribunal *a quo* y los precedentes de la CSJN que fueron mencionados parecen desacreditar de plano la actuación del Tribunal de juicio, pues, recordémoslo, para el alto Tribunal la “acusación” es mantenida con las “conclusiones”.

En ese sentido, asiste razón al recurrente en cuanto desarrolla que en el caso no podía válidamente afirmarse una ausencia de “acusación” —ni el retiro de ella— pues tal hipótesis presuponia necesariamente la realización de un “debate”, que bajo ningún concepto puede concluirse que tuviera lugar en el caso; y también le asiste razón al recurrente en cuanto explica que una decisión respetuosa del sistema acusatorio y del modelo adversarial que rige en la CABA le impedía al Tribunal pronunciarse sin el estímulo necesario del Ministerio Público Fiscal. En principio, todo proceso penal se integra con una serie de actos a través de los cuales de manera progresiva se coloca al juez en condiciones de pronunciarse por la absolución o condena y cada uno de estos actos constituye el presupuesto ineludible del que le sucede, de modo tal que no es posible eliminar uno de ellos sin afectar la validez de los que le siguen.

La ausencia de cualquier impulso por parte del órgano acusador y —más precisamente— la expresa manifestación de la negativa a la realización del “debate” en las condiciones en las cuales se lo intentó llevar a cabo son extremos que no debieron ser soslayados por la jueza interviniente, toda vez que los jueces tienen la obligación de observar una actitud de equidistancia ante las partes durante el contradictorio y ningún magistrado puede a través de su propio impulso (*ne procedat iudex ex officio*) tener por realizados actos procesales, que, en los hechos, no han tenido lugar. Lo contrario importa, en rigor, un abandono implícito de su rol de tercero imparcial garante del debido proceso y asumir competencias que no le corresponden, en desmedro de la seguridad jurídica y de los principios que informan al proceso penal.

El respeto de las formas sustanciales del juicio y de las competencias que la ley otorga a los actores procesales, en las causas en las que actúan, impide considerar a

la sentencia absolutoria como una derivación razonada del derecho procesal vigente y conduce a su descalificación. Ello así, pues, por otra parte y aun en la hipótesis que la jueza de primera instancia hubiera entendido que era reprochable o caprichosa la conducta del Fiscal, el propio ordenamiento infraconstitucional le imponía a la jueza interviniente obrar de una manera bien distinta al dictado de una absolución. En efecto, tal como lo explica el Fiscal General en su dictamen, frente a la imposibilidad invocada por el Fiscal respecto a su participación en aquel “debate” —debido a que no había podido preparar suficientemente su imputación y citar a los testigos— la jueza debió postergar esa audiencia, como le fue solicitado innumerables veces, o bien considerar que la reticencia a intervenir invocada por el Fiscal se encontraba injustificada y, en tal supuesto, recurrir al art. 221, CPPCABA, que establece sin rodeos que su intervención “*será obligatoria*”, disponiendo lo pertinente para posibilitar su eventual “*sustitución*”, a través de los carriles legales e institucionales correspondientes.

Por el contrario, la jueza consideró infundadamente que aquel debate se encontraba “abierto” al margen de lo establecido en el ordenamiento ritual (según el citado art. 227), se olvidó de dar curso a la solución expresamente prevista (según el citado art. 221) e ideó una sanción procesal de “*abandono de la acción*”, que no resulta aplicable a la Fiscalía sino a la querella, bajo el argumento pretoriano de una “ausencia de acusación” que la condujo a fallar la absolución que el Ministerio Público Fiscal, con razón, recurre. Todo ello, en conclusión, conduce a la descalificación de lo actuado (art. 31, LPTSJ).

4. La manera en que aquí se decide torna innecesario expedirse con respecto a los demás agravios propuestos por el Ministerio Público Fiscal en el recurso de inconstitucionalidad.

5. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) *admitir* la queja y *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad en orden a la afectación del sistema acusatorio; b) *revocar* la resolución de la Sala II de la Cámara; c) *dejar sin efecto*, por nula, la sentencia dictada por la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9; y d) *devolver* el expediente a la Cámara de Apelaciones a los fines de que si aún corresponde se designe a un nuevo magistrado, para que lleve adelante el debate con arreglo a derecho (art. 31, LPTSJ).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La presente queja resulta admisible porque fue deducida en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) y contiene una crítica concreta de la resolución recurrida.

2. El recurso de inconstitucionalidad también tendrá acogida favorable. El Ministerio Público Fiscal ha logrado plantear un caso constitucional que habilita la intervención de este Tribunal (art. 27, ley 402).

La sentencia recurrida afecta gravemente el desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso (arts. 18, C.N., y 13, CCABA) y los límites que establece el sistema acusatorio. Es dable recordar que “todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la C.N., sea que actúe como acusador o acusado (...) ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si este existe y tiene fundamento en la Constitución” (conf. CSJN, *Fallos*, 331:2077 y, en el mismo sentido, *Fallos*, 268:266; 299:17; 321:3322).

3. En autos, la juez de primera instancia fijó la audiencia para celebrar el juicio oral y público para el día lunes 17 de septiembre del 2012 y notificó a las partes (el miércoles 5/9/2012, conf. fs. 84 y 85). El fiscal solicitó de manera fundada la postergación

de la audiencia (el viernes 14 de septiembre, conf. fs. 99). En el mismo día la juez resolvió no hacer lugar a lo solicitado, decisión que se notificó telefónicamente (fs. 100).

El acta de fs. 105/106 da cuenta, en lo que aquí interesa, que el lunes 17 de septiembre se constituyó en la sala de audiencias la titular del juzgado y se verificó la presencia de la imputada junto a su letrado defensor. El actuario entabló comunicación telefónica con el Fiscal, quien le informó que se encontraba en otra audiencia y que llegaría más tarde. Comparece el fiscal y, tras corrérsele vista, expresó “que se opone a la apertura del debate. (...) Aclara que no preparó el caso, ni citó testigos ya que -insiste- le es imposible asistir a esta audiencia”. Por su parte la defensa solicitó la absolución de la imputada en los términos del art. 244 CPPCABA.

En la misma audiencia la juez de grado manifestó que se encontraba abierto el debate y “que habiendo escuchado a las partes se encuentra en condiciones de resolver y que, en función del principio acusatorio que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y lo sucedido en la audiencia es [que], resuelve: *absolver a Claudia Elizabeth Vázquez*” (conf. fs 106).

4. La decisión fue apelada por la fiscalía (fs. 107/111) y confirmada por la Sala II de la Cámara (fs. 138/141). Funda su decisión en que: *i*) la actuación del fiscal implicó un desconocimiento de la garantía del plazo razonable; *ii*) no surge impedimento para que el fiscal lleve adelante el debate y que “una vez realizada la audiencia de juicio, no obstante, no se efectuó mérito de la prueba ni se mantuvo la pretensión al momento de alegar”; *iii*) cita jurisprudencia de la Corte Suprema —*Fallos*, 325:2019 y 327:120— relativa a la necesidad de que el fiscal mantenga la acusación al momento de realizar las conclusiones, de lo contrario, lleva a declarar deserción de la instancia.

5. El planteo articulado por la Fiscalía en el recurso de inconstitucionalidad exige examinar el plexo normativo que regula y estructura la audiencia de debate y las atribuciones del Ministerio Público en esta etapa (Libro III del CPPCABA), a fin de determinar si la interpretación formulada por la Cámara es acorde a derecho.

El art. 221 dispone que “la asistencia a la audiencia del/la Fiscal y de/los Defensor/es será obligatoria. Su inasistencia injustificada será pasible de sanción disciplinaria. En este caso el Tribunal podrá reemplazarlos en el orden y forma que corresponda, en el mismo día de la audiencia, cuando no sea posible obtener su comparecencia y este reemplazo no afecte el derecho de defensa del/la imputado/a”. Además el mencionado artículo establece que “la inasistencia injustificada de la querella y/o sus letrados o representantes se entenderá como el abandono de la acción”.

Asimismo, el art. 227 regula los presupuestos que habilitan al juez a declarar la “apertura del debate” de la siguiente manera: “el día fijado, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencias, comprobará la presencia de los que deban intervenir y solicitará al/la Fiscal, y en su caso a la querella, en ese orden, que formulen oralmente la imputación conforme el requerimiento de juicio (...) informando sobre lo que se pretende probar con las pruebas ofrecidas. A continuación deberá invitar a la defensa (...) a presentar su exposición”. Finalmente dispone que “inmediatamente después, el/la Juez/a declarará abierto el debate”.

Los artículos siguientes del código de rito, reglamentan la forma en que se llevará a cabo el juicio (arts. 228 a 243). En relación a la conclusión del mismo, el art. 244 dispone que “terminada la recepción de las pruebas, el/la juez/a concederá sucesivamente la palabra al/la fiscal, a la querella, a los/as Defensores/as del/la imputado/a (...). En último término el/la juez/a preguntará al/la imputado/a si tiene algo que manifestar. A continuación cerrará el debate y convocará a las partes a audiencia para la lectura de la sentencia” (art. 244). La sentencia deberá contener, entre otras cuestiones, la absolución o condena del imputado (art. 248).

6. La interpretación armónica de las normas transcritas permite sostener, en lo que interesa en este caso, que: *i)* la “apertura del debate” requiere la comparecencia obligatoria del fiscal y los defensores. *ii)* Si el fiscal no comparece de manera injustificada: *a)* será pasible de sanción disciplinaria; *b)* el/la juez debe intentar obtener su comparecencia —de ser posible—, y *c)* si no lograra esto último, podrá reemplazarlo en el mismo día de la audiencia; *iii)* Si la querrela no comparece, se entenderá abandonada la acción —siempre que no se considere justificada su inasistencia—; *iv)* Para declarar la “apertura del debate” se exige, además de la presencia del fiscal, que este formule la imputación y luego se invite a la defensa para presentar su exposición, y *v)* una vez terminada la recepción de la prueba, el/la juez cerrará el debate y luego dictará sentencia: de condena o absolución.

7. A la luz de las prescripciones transcritas es dable concluir que la decisión de la juez, convalidada por la Cámara, que decidió absolver a la imputada no se ajusta a la regulación procesal y, por lo tanto, debe ser dejada sin efecto. Ello en virtud de los motivos que se exponen a continuación.

7.1. Por un lado, la consecuencia otorgada por la juez y la Cámara a la negativa del fiscal de grado a la apertura del debate no está contemplada en las normas transcritas. En esa inteligencia, el argumento de la Cámara relativo a que en el caso “no hubo, en la oportunidad legalmente prevista, acusación fiscal” (fs. 140 vuelta), se aparta de las reglas que estructuran esta etapa del proceso.

La solución que se impuso solo está expresamente prevista para el caso de inasistencia injustificada de la querrela (art. 221 *in fine* del CPPCABA), situación que no se verifica en autos.

Para situaciones como las acaecidas en esta causa, el art. 221 establece tres alternativas: la de la sanción disciplinaria; intentar obtener comparecencia del fiscal interviniente (si fuera posible) u ordenar su reemplazo. Entonces, la decisión que consideró desistida o abandonada la acción penal por parte de la Ministerio Público Fiscal carece de respaldo legal, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido.

7.2. Por otro lado, asiste razón a la Fiscalía de Cámara en cuanto sostiene que “[el] acto procesal de impulso de la acción resulta necesario, ya que sin él no puede iniciarse el debate. En efecto, el juez no puede obligar al MPF a efectuarlos ni tampoco autoimpulsarse de oficio para lograr la apertura del juicio” (fs. 162).

En el caso se advierte una extralimitación por parte de la juez de juicio que dispuso la absolución. Ello en tanto no se cumplieron los presupuestos necesarios que habilitan la “apertura del debate”, puesto que el fiscal no formuló oralmente la imputación, conforme lo exige el art. 227. En consecuencia, sin la apertura del debate, la juez no se encontraba legalmente habilitada para dictar sentencia en los términos del art. 244.

8. En virtud de lo expuesto, voto por *i)* admitir la queja, *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *iii)* revocar la sentencia de fs. 138/141, *iv)* dejar sin efecto la sentencia dictada por la titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9; y *v)* devolver el expediente a la Cámara de Apelaciones a los fines de que se designe a un nuevo magistrado, para que lleve adelante el debate con arreglo a derecho (art. 31, ley 402).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Por los argumentos expuestos en el voto de la Dra. Inés M. Weinberg y los concordantemente presentados por la Dra. Ana María Conde (punto 3, último párrafo y punto 3.2 anteúltimo y último párrafos), que en lo sustancial comparto y a los que me remito en homenaje a la brevedad, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el MPF, revocar la sentencia de Cámara, dejar

sin efecto la sentencia dictada por la jueza de grado y devolver las actuaciones para que sean remitidas a un nuevo juez.

2. De todos modos, creo relevante señalar que desde el punto de vista del adecuado funcionamiento del servicio de justicia resulta objetable la obstinada negativa del Fiscal a asumir el rol que le competía en la oportunidad para la cuál había sido convocado o bien a requerir su reemplazo de acuerdo a la Resolución FG n° 13/2011, cuando su solicitud para posponer la audiencia de juicio había sido oportunamente rechazada; tanto así como la toma de partido por parte de la Magistrada, que aleccionó a la defensa sobre la conducta procesal a seguir, incitándola a efectuar determinada solicitud que conduciría, a su criterio, a la absolución de la imputada; de todo lo cual dan cuenta las actuaciones elevadas a este Tribunal y la filmación de la audiencia mencionada, agregada a la queja interpuesta en el caso. Al respecto, lo advertido no hace más que generar estupor en el suscripto y le forman convicción de que copia de las actuaciones — reproducción de cds y fotostáticas de las piezas procesales— deben ser remitidas a la Comisión de disciplina del Consejo de la Magistratura, para que evalúe si se justifica sustanciar procedimiento disciplinario respecto del señor Fiscal Dr. Norberto Alejandro Brotto y la señora jueza Dra. María Laura Martínez Vega a los fines que constatar si los hechos acaecidos durante este proceso tienen entidad suficiente para ameritar algún tipo de recomendación o apercibimiento de acuerdo a las previsiones de los arts. 40, inc. 7°, y 41 de la ley 31, conforme al Reglamento disciplinario para Magistrados e integrantes del Ministerio Público (resol. 272/08). Ello aun cuando lo expuesto no implica la pretensión de concretar una formal denuncia en los términos de los art. 2, 3 de la Resolución mencionada.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 178/185 vuelta si bien fue interpuesta por escrito, en término y ante el Tribunal (art. 33 de la ley 402) debe ser rechazada. El Sr. Fiscal de Cámara no ha logrado conmovier los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar su recurso de inconstitucionalidad, ni da fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones.

2. La Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad porque si bien está dirigido contra una sentencia definitiva, lo cierto es que “(...) el recurrente no logra plantear un caso constitucional que habilite la vía intentada. La presentación en estudio no alcanza a realizar una crítica concreta y razonada de la resolución que se pretende impugnar. En efecto, bajo la invocación del carácter arbitrario de la sentencia, el Sr. Fiscal de Cámara no hace más que reeditar la exposición de los argumentos que sostuvo al celebrarse la audiencia ante esta instancia —fs. 136/237—, sin demostrar en modo algunos los supuestos vicios o errores sustanciales del fallo recurrido” (fs. 172).

3. El recurso de queja (fs. 178/185 vuelta) transcribe de manera literal las argumentaciones planteadas en el recurso de inconstitucionalidad, pero carece de una crítica suficiente del auto denegatorio.

Es pertinente recordar que es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Fantuzzi José Roberto y otro s/art. 57 bis Causa 665-CC-2000’”, expte. n° 865/01’, resolución del 09/4/2001).

4. Por lo expuesto voto por rechazar la queja.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde rechazar la presente queja porque los agravios que el MPF formula contra la decisión de Cámara son fruto de una reflexión tardía.

La Cámara confirmó la resolución de primera instancia, que había absuelto a Claudia E. Vázquez del delito de amenazas previsto en el art. 149 bis, C.P., principalmente, porque, a su juicio, una vez abierto el debate el Fiscal no habría mantenido la acusación. En ese contexto, entendió que, en virtud de la doctrina sentada por la CSJN en los casos “Tarifeño” y “Mostaccio”, correspondía absolver a la imputada (conf. fs. 140/ 140 vuelta).

Cualquiera sea el mérito de esa decisión, lo cierto es que el MPF no muestra que las objeciones que hoy formula contra esa valoración de los hechos bajo el título violación del principio acusatorio, le hubieran sido propuestas a la Cámara en condiciones tales de tener que analizarlas. En particular, el MPF sostiene que se ha afectado el “... principio acusatorio (13.3 y 125 CCABA; arts. 4, 227 y 244 CPPCABA) en la medida en que la jueza de grado absolvió a la acusada a pesar de no contar con un acto de impulso de la acción penal por parte del MPF necesario para la apertura del juicio, en el caso (...) el (...) alegato de apertura, a través del cual se dirige al reo una imputación penal que será objeto del debate (art. 227 CPPCABA), ni (...) con una (...) acusación (art. 224 CPPCABA)...” (conf. fs. 155). Pero la Cámara no trató esos agravios y el MPF no muestra que la hubiera puesto en la necesidad de analizarlos.

Por ello, voto por rechazar la presente queja.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 178/190).

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 153/165, *revocar* la resolución de la Sala II en cuanto confirmó la decisión de la jueza de grado que había absuelto a la imputada, la que también se deja sin efecto; y *devolver* la causa a la Cámara de Apelaciones a los fines de que se designe un nuevo magistrado para que lleve adelante el debate con arreglo a derecho.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLX - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN SALTO, CRISTIAN DAVID S/INFR. ART. 149 BIS, AMENAZAS - C.P. (P/L 2303)

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. Publicidad de los actos de gobierno. Sistema acusatorio. Elevación a juicio. Investigación penal preparatoria. Violencia de género.

SUMARIOS:

1. Los actos del Ministerio Público Fiscal deben exteriorizarse conforme a reglas preestablecidas como exigencia del principio de publicidad de los actos de gobierno (art. 1º de la CCABA). (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

2. La publicidad de los actos de gobierno es condición de posibilidad para el despliegue de los mecanismos de control que en cada caso se establezcan sobre los actos del poder, característica básica del sistema republicano de gobierno que asume nuestra Constitución Nacional y local. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

3. El desempeño del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal pública —tratándose de un proceso de carácter acusatorio— está sujeto a los controles que se derivan de la intervención oportuna de la contraparte y del control jurisdiccional en todos los actos que lo requieran (art. 4º, CPPCABA). (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

4. Desde el punto de vista procesal, el escrito de solicitud de remisión a juicio, que es uno de los posibles desenlaces del trámite de la investigación penal preparatoria, existe como tal solo cuando se transforma en una solicitud efectuada ante la autoridad jurisdiccional. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

5. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención de Belém Do Pará”— exige especiales deberes de diligencia materializados entre otras cosas, en el desarrollo de investigaciones ágiles y con mayor celeridad, por ello es exigible, frente a un posible caso de violencia de género, el mayor rigor en el desempeño de los titulares exclusivos de la acción penal. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

6. Revisar las pautas de actuación del Ministerio Público Fiscal a los efectos de extremar los recaudos para imprimir la mayor celeridad posible a los casos de violencia de género es la forma más virtuosa de volver compatibles dos intereses: la respuesta efectiva y diligente a las víctimas y el derecho del imputado a que su caso se resuelva en un plazo razonable. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

7. La interpretación con arreglo a la cual lo que debe valorarse, a los efectos del cómputo de la duración de la investigación penal preparatoria, no es la presentación del requerimiento de elevación a juicio ante el juzgado interviniente, sino la fecha que dicha pieza procesal consigna como momento de su emisión supone quebrantar, en primer término, la secuencia de plazos que los textos de los arts. 161, 104 y 105 ordenan; en segundo término, la exigencia del principio de publicidad de los actos de gobierno (conf. el art. 1º de la CCABA), por lo pronto, en el marco de un esquema acusatorio (conf. art. 13.3 de la CCABA). (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

8. La carga que pesa sobre el promotor de la acción es la de solicitar, en determinado plazo, la remisión a juicio. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

9. La solicitud de remisión a juicio es un acto de suma trascendencia en el proceso, pues constituye uno de los posibles finales del trámite correspondiente a la investigación penal preparatoria e implica, en los hechos, la concreta y efectiva imputación al sujeto de un hecho, que será el objeto del juicio, la materia de prueba, el sustento de los alegatos y la causa de la sentencia; circunstancia que, en lo sucesivo, permitirá el respectivo ejercicio de la defensa en la etapa de debate. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

10. Las solicitudes al juez se hacen, naturalmente, donde este puede recibirlas, lugar que, de ordinario, coincide con el de las oficinas en las que ejerce su ministerio, no el de las del fiscal. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

11. El Ministerio Público Fiscal dispone de un plazo de cinco meses para concluir la investigación penal preparatoria (art. 104, párr. 1º del CPPCABA) y podrá prorrogarlos con autorización judicial. (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

12. La investigación penal en el ámbito local se encuentra estructurada en dos etapas bien diferenciadas: la primera, que debe computarse desde la intimación del hecho hasta los cinco meses, cuyos plazos integran el ámbito de disponibilidad propio del Ministerio Público Fiscal; y la segunda, que puede tener lugar desde los cinco meses hasta completar un año desde la audiencia prevista en el art. 161 del CPPCABA. En este último caso debe mediar autorización del órgano jurisdiccional interviniente. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

13. El Código Procesal Penal local regula el plazo durante el cual debe sustanciarse la investigación penal preparatoria (arts. 104 y 105). Dichas prescripciones —y las consecuencias que de ellas se derivan— deben armonizarse con el mandato constitucional conferido al Ministerio Público Fiscal: la satisfacción del interés social mediante la persecución de delitos. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

14. La garantía constitucional del plazo razonable de duración del proceso no se circunscribe a una sola etapa integrante "del proceso", sino que intenta poner coto a las eventuales demoras que podrían ocurrir en el proceso durante el trámite de su sustanciación integral. En este sentido, la duración que esa garantía constitucional tutela abarca a todas las etapas del proceso, a fin de que aquel no se extienda injustificadamente en el tiempo, y su razonabilidad constituye una pauta rectora que disciplina la actuación de todos aquellos que intervienen en su trámite, es decir, no solo la actividad de la Fiscalía. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

15. La razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de una investigación no puede ser examinada en abstracto sino que tiene que ser seriamente demostrada. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

16. El ordenamiento infraconstitucional local —analizado en su conjunto— pretende lograr la mayor agilidad plausible en la resolución de las causas penales que tramitan en la Ciudad y no la impunidad de quienes las protagonizan. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

17. El ordenamiento le ha conferido al Ministerio Público Fiscal la autorización expresa para hacer un uso, relativamente discrecional, de los primeros cinco (5) meses de la investigación; autorización o gestión interna, única e indivisible (art. 4º, Ley Orgánica del Ministerio Público), que —por regla o *a priori*— no le concierne a los restantes órganos del Poder Judicial inspeccionar. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

18. Los jueces no están investidos de potestad legal alguna que les permita indagar sobre la manera como se ejerce la supervisión interna que ha sido puesta en cabeza exclusiva de los integrantes del Ministerio Público Fiscal. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

Expte. SAPCyF n° 10.146/13 - 23/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Fiscalía de Cámara dedujo queja (fs. 143/149) contra el auto denegatorio (fs. 135/141) del recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 123/127. Ese remedio procesal fue intentado, a su turno, contra la resolución de fs. 117/120 que hizo lugar a la apelación articulada por la defensa, revocó lo resuelto en primera instancia (fs. 91/94) y dispuso el archivo de las actuaciones y el sobreseimiento de Cristian David Salto.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la recurrente expresó que la Sala III —para disponer el archivo— había efectuado una interpretación *contra legem* de los arts. 104 y 105 del CPPCABA toda vez que la fiscal se había expedido requiriendo la remisión a juicio dentro del quinto día de vencido el término de los tres meses y lo hizo saber dentro de las 24 horas hábiles siguientes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 44 del Código.

También alegó que los jueces habían incurrido en un exceso ritual manifiesto al entender que el requerimiento de elevación resultaba extemporáneo porque había sido presentado cuatro horas más tarde del vencimiento del plazo de gracia previsto en el art. 69 del CPPCABA.

Finalmente, la fiscalía argumentó que se había configurado un caso de gravedad institucional debido a que el pronunciamiento objetado ponía fin a la acción impulsada por el MPF, impidiendo la investigación y eventual sanción de un hecho de violencia contra la mujer. Esa circunstancia, acotó, otorgaba al caso una relevancia que excedía el mero interés de las partes toda vez que el Estado argentino estaba obligado a investigar, conforme lo impone la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer” (Convención de Belém do Pará). De este modo, razonó, el archivo dispuesto sobre la base de una interpretación arbitraria de la ley (arts. 104 y 105 del CPPCABA) podría generar responsabilidad internacional a la Nación como Estado parte de la Convención.

3. Para denegar el recurso de inconstitucionalidad, la Sala interviniente consideró, por mayoría, que la recurrente carecía de legitimación y, también por mayoría, que no había logrado presentar un caso constitucional.

4. Al tomar intervención en autos (fs. 154/158), el Sr. Fiscal General sostuvo la queja interpuesta y propició que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad y se dejara sin efecto el pronunciamiento de la Sala III.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja obrante a fs. 143/149 cumple con los requisitos de ley, por lo que debe ser admitida (art. 33 de la ley 402). En efecto, asiste razón a la recurrente cuando señala que la Sala III no ha rebatido adecuadamente los fundamentos intentados, limitándose a señalar en forma genérica la supuesta ausencia de deficiencias lógicas y argumentativas en la resolución impugnada (fs. 139 vuelta).

2. Admitida la queja corresponde considerar los agravios expuestos por el Ministerio Público fiscal en el recurso de inconstitucionalidad (fs. 123/127).

3. La Sala III de la Cámara resolvió unánimemente que habiendo presentado el Ministerio Público Fiscal la solicitud de remisión a juicio cuando ya habían transcurrido cuatro (4) horas del plazo de gracia establecido en el art. 69 CPPCABA, es decir extemporáneamente, la investigación penal preparatoria debía considerarse extinguida conforme lo previsto en los arts. 104 y 105, CPPCABA. En virtud de esta interpretación y asignando carácter perentorio a los plazos dispuestos en tales normas, dispuso el archivo de las actuaciones por vencimiento del plazo y como consecuencia de ello el sobreseimiento del imputado.

Respecto de este criterio, la fiscal de Cámara sostuvo como agravio que la resolución era fruto de una interpretación arbitraria —*contra legem*— señalando que el razonamiento de los sentenciantes implica que el plazo de tres meses es perentorio y agrega que “en ninguna parte de ese dispositivo legal surge que el término de tres meses se computa con la presentación del requerimiento de elevación ante el juzgado interviniente. Por otra parte, el art. 44 CPPCABA establece que *los actos* (el resaltado me pertenece) deben hacerse conocer a quien corresponda dentro de las 24 horas de dictado (*sic*). Con lo cual, es razonable y ajustado a derecho que una vez formulado el requerimiento de elevación a juicio dentro del plazo de tres meses, este se remita al Juzgado dentro de las 24 horas. Tal como ocurrió en autos” (fs. 125 vuelta).

4. El criterio interpretativo propiciado por la fiscal ha de ser rechazado por dos motivos.

En primer lugar, los actos del Ministerio Público Fiscal deben exteriorizarse conforme a reglas preestablecidas como exigencia del principio de publicidad de los actos de gobierno (art. 1 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Esa publicidad es condición de posibilidad para el despliegue de los mecanismos de control que en cada caso se establezcan sobre los actos del poder, característica básica del sistema republicano de gobierno que asume nuestra Constitución Nacional y local.

En el caso del Ministerio Público Fiscal, su desempeño como titular de la acción penal pública —tratándose de un proceso de carácter acusatorio— está sujeto a los controles que se derivan de la intervención oportuna de la contraparte y del control jurisdiccional en todos los actos que lo requieran (art. 4 CPPCABA). El criterio interpretativo propiciado por la Fiscal, según el cual, el plazo debe ser computado desde que sus solicitudes son firmadas en la soledad de sus oficinas, conduce insalvablemente a admitir que los mecanismos de control derivados del carácter público de los actos pueden ser sustituidos por un acto de fe respecto del momento en que las actuaciones del fiscal han sido firmadas.

Por el contrario, desde el punto de vista procesal, ese escrito de solicitud de remisión a juicio, que es uno de los posibles desenlaces del trámite de la investigación penal preparatoria, existe como tal solo cuando se transforma en una solicitud efectuada ante la autoridad jurisdiccional. Dicho deber implica además el de efectuar la solicitud en el plazo estipulado perentoriamente. Al respecto dice el art. 105 CPPCABA que “dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones”.

En segundo lugar, el agravio intentado debe ser rechazado porque la interpretación sugerida de la regla prevista en el art. 44, CPPCABA es explícitamente *contra legem*. Es preciso reiterar en este punto los términos textuales con que la representante del Ministerio Público Fiscal intenta mostrar como aplicable al caso lo establecido en el art. 44 CPPCABA. Dice al respecto: “por otra parte, el art. 44, CPPCABA establece que *los actos* (el resaltado me pertenece) deben hacerse conocer a quienes corresponda dentro de las 24 horas de dictado (sic)”. Con lo cual es razonable y ajustado a derecho que una vez formulado el requerimiento de elevación a juicio dentro del plazo de tres meses, este se remita al Juzgado dentro de las 24 horas. Tal como ocurrió en autos” (fs. 125 vuelta).

La invocación normativa que efectúa la fiscal, aunque no es textual, es parcial y omite un término clave para determinar el alcance del art. 44 CPPCABA.

Dicha norma fija la regla general de plazos del régimen procesal y dice, en lo que aquí interesa: “los *actos jurisdiccionales* (el resaltado me pertenece) se harán conocer a quien corresponda, dentro de las veinticuatro horas, salvo que el Tribunal dispusiese un plazo menor”. La interpretación propuesta por la fiscal solo es posible si se omite, tal como hizo ella en su presentación, el carácter de los actos que pueden diferirse en su publicidad al término de 24 horas.

Es claro que el art. 44 CPPCABA cuando dice actos jurisdiccionales solo puede referirse a actos de jueces porque no hay tal jurisdiccionalidad sin estos. Dicho de otro modo, la regla no aplica a actos del Ministerio Público Fiscal ni de nadie que no sea un juez.

5. En cuanto a la invocación de un exceso ritual manifiesto en el rigor con que se computa el plazo para la investigación penal preparatoria (conf. arts. 104, 105 y 69 CPPCABA) la resolución del *a quo* advierte que se trató de un planteo extemporáneo por lo que no corresponde darle tratamiento.

6. Carece de entidad el agravio referido a la gravedad institucional que la recurrente pretende derivado de las probables responsabilidades internacionales que se generarían por aplicación del art. 7º *in fine* de la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer” (Convención de Belém do Pará), como consecuencia de que resulte confirmada la extinción de la acción penal, tratándose de un proceso en el que se investiga un hecho ocurrido en un contexto de violencia de género. Con ello no se satisfacen las exigencias de la doctrina de gravedad institucional tal como ha sido desarrollada por la CSJN.

7. Por último, y *obiter dictum*, los términos en que es invocada la “Convención de Belém do Pará” ameritan algunas consideraciones adicionales.

Conforme el art. 7º *in fine* de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”) el Estado asume un conjunto de deberes especiales para mejorar la respuesta frente a los casos de violencia de género, que se relacionan directamente con las obligaciones de protección, no revictimización, respuesta oportuna y eficaz.

La recurrente invoca genéricamente la Convención y exige que se haga una interpretación de las normas procesales que fijan los plazos complaciente con la actuación del Ministerio Público Fiscal, órgano que es exclusivamente responsable, en este caso, del agotamiento de los plazos, incluido el plazo de gracia del art. 69 CPPCABA.

No puedo dejar de conectar este intento argumentativo con el hecho de que es la propia fiscal quien en su presentación recursiva sostuvo que “existe en la normativa local una reglamentación de la garantía de plazo razonable, al menos durante la etapa de investigación preparatoria, ya que el art. 104, CPPCABA ha establecido un plazo de tres meses, prorrogable por dos meses más y excepcionalmente hasta un año de duración durante el cual es razonable que en la ciudad de Buenos Aires se lleve adelante la investigación de un delito” (fs. 147) para enfatizar más adelante afirmando que “lo cierto es que el legislador local delimitó la duración de la investigación preliminar en función de esa garantía del plazo razonable, sin incluir mayores requisitos o exigencias que la de que se lleve a cabo dentro de un plazo de tres meses” (fs. 147 vuelta).

Así, aun cuando reconoce tal carácter a los plazos en orden a su condición de reglamentación de una garantía y su regulación con mecanismos de prórroga incluida, al momento de evaluar las probables conductas estatales que podrían generar responsabilidad internacional, omite completamente el desempeño del propio Ministerio Público Fiscal.

Precisamente, porque estamos ante un posible caso de violencia de género que conforme la aludida Convención exige especiales deberes de diligencia materializados entre otras cosas, en el desarrollo de investigaciones ágiles y con mayor celeridad, es que es exigible el mayor rigor en el desempeño de los titulares exclusivos de la acción penal. Es la falta de diligencia del fiscal de la causa la fuente de probables responsabilidades, y no el control jurisdiccional de los plazos preestablecidos para la actividad investigativa.

Invocar estándares internacionales de protección de derechos humanos, para eludir la propia ineficacia frente al trámite procesal conlleva el riesgo de banalizar tales previsiones normativas, distorsionando su alcance al sugerir la idea equivocada de que es el carácter del caso —violencia de género— una especie de llave mágica para dispensar al Ministerio Público Fiscal de sus deberes de diligencia cuando, en rigor de verdad, se trata de aumentar exigencias y no de dispensarlas.

Revisar las pautas de actuación del Ministerio Público Fiscal a los efectos de extremar los recaudos para imprimir la mayor celeridad posible a los casos de violencia de género es la forma más virtuosa de volver compatibles dos intereses: la respuesta

efectiva y diligente a las víctimas y el derecho del imputado a que su caso se resuelva en un plazo razonable.

8. Por lo expuesto, voto por admitir la queja, no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de fs. 117/120, debiendo estarse a lo resuelto por la Cámara a fs. 120 vuelta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la queja obrante a fs. 143/150 pues, el MPF no acredita que la revisión reclamada ante esta instancia verse sobre una cuestión de índole constitucional (art. 27 de la ley 402) o federal (*Fallos*, 311:2478).

2. Con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad, gravedad institucional y los principios de legalidad y debido proceso, la parte recurrente controvierte la decisión del *a quo* que resolvió revocar la decisión del Sr. Juez de grado —que había rechazado la excepción de falta de acción deducida por la Defensa— y, a mérito de ello, disponer el archivo de las actuaciones seguidas contra el imputado y, en consecuencia, sobreseerlo. Para así resolver, la Cámara entendió que el requerimiento de elevación a juicio había sido presentado una vez vencido el plazo de gracia dispuesto por el art. 69, párr. 2º, del CPP (conf. fs. 119), por lo que, en virtud de lo establecido en los arts. 104 y 105 del CPP, el plazo correspondiente a la sustanciación de la investigación preparatoria había vencido.

2.1. El recurrente controvierte ese temperamento, pues, en su visión, implica un “apego irrazonable a la letra de la ley descontextualizada y desarmonizada del resto del ordenamiento jurídico y las circunstancias concretas del caso” (fs. 147). En esta línea, señala, por un lado, que “el vencimiento del plazo previsto en el art. 105 CPPCABA [que establece, en lo que aquí importa, que “Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la fiscalía deberá *solicitar* la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones” (el resaltado no pertenece al original)] se refiere al momento en que el fiscal de grado decide formular o expedirse acerca de si se reunieron los elementos necesarios para elevar la causa a juicio”, esto es, “la fecha en la cual fue formulada dicha pieza procesal de acuerdo a lo que establece expresamente el art. 105 CPPCABA” (fs. 148); y, por el otro, que “el art. 44 CPPCABA establece que *los actos* deben hacerse conocer a quienes corresponda dentro de las 24 horas de dictado. Con lo cual, es razonable y ajustado a derecho que una vez formulado el requerimiento de elevación a juicio dentro del plazo de tres meses, este se remita al Juzgado dentro de las 24 horas. Tal como ocurrió en autos” (fs. 148; el resaltado no pertenece al original).

3. Esa tesis ha de ser rechazada.

3.1. Por un lado, la interpretación que el recurrente propone —reitero, aquella con arreglo a la cual lo que debe valorarse, a los efectos del cómputo de la duración de la investigación penal preparatoria (en adelante, IPP), no es la presentación del requerimiento de elevación a juicio ante el juzgado interviniente, sino la fecha que dicha pieza procesal consigna como momento de su emisión— supone quebrantar, en primer término, la secuencia de plazos que los textos de los arts. 161, 104 y 105 ordenan; en segundo término, la exigencia del principio de publicidad de los actos de gobierno (conf. el art. 1º de la CCABA), por lo pronto, en el marco de un esquema acusatorio (conf. art. 13.3 de la CCABA).

Por lo dicho, la carga que pesa sobre el promotor de la acción es la de solicitar, en determinado plazo, la remisión a juicio —acto, por lo demás, de suma trascendencia

en el proceso, pues, constituye uno de los posibles finales del trámite correspondiente a la IPP e implica, en los hechos, la concreta y efectiva imputación al sujeto de un hecho, que será el objeto del juicio, la materia de prueba, el sustento de los alegatos y la causa de la sentencia; circunstancia que, en lo sucesivo, permitirá el respectivo ejercicio de la defensa en la etapa de debate—. Ahora bien, las solicitudes al juez se hacen, naturalmente, donde este puede recibirlas, lugar que, de ordinario, coincide con el de las oficinas en las que ejerce su ministerio, no el de las del fiscal. Es que no puede tenerse por formulada una solicitud que no ha sido presentada. Es este el caso del requerimiento fiscal de elevación de autos (conf. fs. 74 vuelta).

3.2. A su turno, el alcance que el titular de la vindicta pública pretende dar al art. 44 del CPP lo aparta de aquello que su letra establece. En efecto, los actos que menciona son exclusivamente los jurisdiccionales. Así lo dispone la ley. El Capítulo 2 del Título V “*Actos Procesales*” no deja dudas acerca de que los actos jurisdiccionales son una subespecie de los procesales, subespecie que se identifica por emanar del juez mientras que los emanados de otros sujetos en el proceso son mencionados precisamente como procesales. Por lo demás, la palabra “jurisdiccionales” (conf. el art. 44 del CPP) está empleada en su sentido ordinario. En él, la jurisdicción es entendida como la “función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución” (COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 40); por lo que aquella no pertenece sino al juez. Ello así, pues ninguna otra actividad del orden jurídico reúne las características de irreversibilidad, inmutabilidad y coercibilidad. Sentado lo anterior, en síntesis, las veinticuatro (24) horas mencionadas en el art. 44 del CPP no alcanzan a los actos procesales emitidos por el fiscal.

3.3. Finalmente, la parte recurrente invoca la doctrina de la gravedad institucional “en tanto los hechos que suscitaron el presente legajo enmarcan en una situación de violencia doméstica, que excede el mero interés individual de las partes, y ha sido protegida mediante la Convención de Belem do Pará” (fs. 148). Señala, a este respecto, que “lo decidido por la Alzada en cuanto dispone el archivo de la causa impide que el titular de la acción cumpla con los compromisos que asumió nuestro país para erradicar este tipo de flagelo” (fs. 148 vuelta).

Ciertamente, no constituye una consecuencia deseable la pérdida de la acción por la vía en que tuvo lugar. Pero, no es ella fruto de una interpretación arbitraria de la ley o desapegada de los valores que esta consagra, sino de la omisión de obrar oportunamente en que incurrió el fiscal. De manera tal que, en lo referido al derecho de la víctima de lograr que su pretensión punitiva se ventile en juicio —iniciarse o proseguir—, el MPF no puede invocar un derecho personal de aquella a los efectos de subsanar su propia falta de diligencia o desempeño. En esta línea, es la Convención citada por el apelante, precisamente, la que exige especiales deberes de diligencia a los fines de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (conf., especialmente, el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer —“Convención de Belém do Pará”—).

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja obrante a fs. 143/150.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja, aunque interpuesta en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402), debe ser rechazada. La señora Fiscal ante la Cámara no ha logrado demostrar que sus motivos de agravio conformen un caso de competencia de este Tribunal.

2. En primer lugar, cabe señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibles porque había sido interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en perjuicio de la persona acusada. La quejosa se hace cargo de rebatir esta cuestión, a lo que se agrega que repetidamente he sostenido que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis, C.P.’”, expte. n° 6454, resolución del 8/9/2010, entre muchos otros).

De cualquier manera, el recurso de queja debe ser rechazado pues, como se verá, los planteos propuestos no permiten la revisión extraordinaria requerida en tanto se limitan a un desacuerdo con la valoración que los jueces de mérito hicieron de diversos actos procesales ocurridos durante el trámite de la causa y la interpretación que efectuaron de normas de orden procesal local y común.

3. En ese sentido, cabe señalar que los jueces consideraron que, desde la celebración del acto previsto en el art. 161 del CPP, el plazo de la investigación penal preparatoria se encontraba agotado, en tanto el requerimiento de juicio fue presentado una vez transcurridas las dos primeras horas hábiles del día siguiente al vencimiento del término previsto en los arts. 104 y 105 del CPP (art. 69, CPP). Al propio tiempo, entendieron que “el fiscal de grado no [invocó] alguna situación de carácter excepcional o imprevisible que hubiera impedido la presentación en término del requerimiento en cuestión que justificara hacer una excepción al principio de perentoriedad de los plazos procesales” (foja 119).

4. A pesar del cuestionamiento que, en términos genéricos, efectúa la recurrente, lo cierto es que no demuestra por qué la conclusión de los jueces debiera ser descalificada como una derivación razonada de los elementos acumulados y el derecho aplicado. En ese sentido, la mera afirmación de que “el vencimiento del plazo previsto en el art. 105 CPPCABA se refiere al momento en que el fiscal de grado decide formular o expedirse acerca de si se reunieron los elementos necesarios para elevar la causa a juicio” y no desde su efectiva presentación en el tribunal (foja 148), resulta insuficiente para descartar como válido el criterio sostenido por la Alzada.

En definitiva, se ha omitido un desarrollo argumental que permita advertir la vinculación de garantías constitucionales con la cuestión efectivamente decidida en estas actuaciones y tampoco se ha expuesto suficientemente la existencia de una contradicción lógica en la sentencia cuestionada. Reitero, entonces, que la discusión planteada se reduce a una cuestión que involucra aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional que no habilita la competencia extraordinaria del Tribunal (conf. *mutatis mutandi*, mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/inf. art.(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/inf. art(s) 129, 1° párr., exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/2011, y sus citas).

En este sentido, basta recordar que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Todo ello, en concordancia a lo que he tenido oportunidad de afirmar en causas similares cuando agravios de la índole de los articulados en este caso han pretendido hacerse valer por el Ministerio Público de la Defensa (conf., mi voto *in re* “Incidente de apelación en autos Veira, Marcelo Daniel s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9714/13, resolución del 15/4/2014, entre otros).

5. Por último, con relación a lo manifestado por el recurrente en el punto 2 de su recurso, en torno a la alegada configuración de un supuesto de gravedad institucional vinculado con los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, comparto lo expuesto por el señor juez, doctor Luis F. Lozano, en el punto 3.3 de su voto.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El recurso de queja interpuesto resulta admisible en tanto el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para la interposición del recurso de inconstitucionalidad (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del , entre otros). Además la queja fue deducida en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) y contiene una crítica concreta de la resolución apelada.

2. Los jueces de Cámara decidieron revocar la resolución recurrida, disponer el archivo de las actuaciones y sobreseer al imputado. Argumentaron en tal sentido que “el requerimiento [de juicio] fue presentado habiendo vencido el plazo de gracia dispuesto por el art. 69, párr. 2°, CPPCABA, teniendo en cuenta que el 24/9/2012 fue feriado nacional (...). Por ello, desde la celebración de la audiencia prevista en el art. 161 CPPCABA (14/6/2012, fs. 68 y vuelta) hasta la fecha de presentación del requerimiento en el juzgado interviniente (25/9/2012, 14.43 hs., conf. cargo obrante a fs. 74 vuelta), transcurrió el plazo estipulado en los art. 104 y 105 (...) para la sustanciación de la investigación preparatoria...” (fs. 119).

3. El progreso de la pretensión esgrimida por la fiscalía de Cámara exige determinar la inteligencia de diversas reglas constitucionales (arts. 124 y 125, CCABA) y legales (arts. 4, 104 y 105 del CPPCABA) que estructuran el proceso penal y determinan las

funciones del Ministerio Público Fiscal y los plazos en que deben ser ejercidas. Ello, a fin de establecer si la interpretación efectuada por la Cámara respeta dichos postulados.

3.1. La Constitución de la Ciudad asigna al Ministerio Público Fiscal la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velando por la normal prestación del servicio de justicia y debiendo procurar, ante los tribunales, la satisfacción del interés social (conf. arts. 124 y 125).

3.2. Por otra parte, el art. 4 del Código Procesal Penal establece que dicho órgano tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran.

El art. 104 del mismo código dispone, en lo que resulta relevante, que “la investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho a el/la imputado/a. Si ese término resultara insuficiente, el/la fiscal deberá solicitar prórroga a el/la fiscal de Cámara, quien podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, el/la fiscal podrá solicitar que la prórroga otorgada exceda excepcionalmente dicho plazo, debiendo fijar el tribunal el término perentorio de finalización de la investigación preparatoria, que, no podrá exceder de un (1) año a partir de la intimación de los hechos”.

A su vez, el art. 105 prevé que “dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones”, y concluye: “vencido el término sin que el/la fiscal se hubiera expedido, se archivará la causa respecto del imputado por el cual hubiera vencido y no podrá ser nuevamente perseguido penalmente por el mismo hecho”.

4. Una interpretación armónica del plexo normativo enunciado permite afirmar que el Ministerio Público Fiscal dispone de un plazo de cinco meses para concluir la investigación penal preparatoria (art. 104 primer párrafo) y podrá prorrogarlos con autorización judicial. Entonces: *i*) dentro de los tres primeros meses de investigación, el fiscal de grado no debe requerir intervención alguna del fiscal de Cámara; *ii*) transcurrido ese lapso, si el término mencionado le resultara insuficiente, debe solicitar prórroga a su superior jerárquico (quien podrá acordarla hasta por dos meses más); *iii*) pasados estos cinco meses, si el fiscal requiere de un plazo mayor, debe peticionar autorización al tribunal, quien podrá extenderlo hasta un año; *iv*) una vez superados los términos aludidos, dentro de los cinco días posteriores, el fiscal debe expedirse acerca de los pasos procesales a seguir: *a*) solicitar la remisión del caso a juicio, *b*) disponer la clausura anticipada, o *c*) archivar las actuaciones.

En definitiva, la investigación penal en el ámbito local se encuentra estructurada en dos etapas bien diferenciadas: la primera, que debe computarse desde la intimación del hecho hasta los cinco meses, cuyos plazos integran el ámbito de disponibilidad propio del Ministerio Público Fiscal; y la segunda, que puede tener lugar desde los cinco meses hasta completar un año desde la audiencia prevista en el art. 161. En este último caso debe mediar autorización del órgano jurisdiccional interviniente.

5. En esas condiciones, en autos, la consecuencia asignada por los jueces de la Cámara a la ausencia de un pedido de prórroga por parte del fiscal de grado a su superior jerárquico, resulta incompatible con los postulados constitucionales y legales que organizan el proceso penal, referidos *ut supra*. Ello así en virtud de que el lapso temporal transcurrido entre la fecha en que se intimó el hecho imputado (14/6/2012, fs. 67) hasta el requerimiento de juicio (25/9/2012, conf. fs. 73 vuelta), no superó los cinco meses.

Es dable recordar aquí que “en la interpretación de la ley, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que la norma está engarzada” (CSJN, *Fallos*, 324:2107).

El Código Procesal Penal local regula el plazo durante el cual debe sustanciarse la investigación penal preparatoria (arts. 104 y 105). Dichas prescripciones —y las consecuencias que de ellas se derivan— deben armonizarse con el mandato constitucional conferido al Ministerio Público Fiscal: la satisfacción del interés social mediante la persecución de delitos.

A la luz de lo expuesto, sostener que, en el caso, por el proceder de la fiscalía deba disponerse el archivo de la investigación y la desvinculación definitiva del imputado del proceso, importa apartarse del fin que subyace a las reglas analizadas a lo largo del presente y la normativa transcrita.

6. Por lo tanto, voto por *i*) admitir la queja, *ii*) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *iii*) revocar la sentencia de fs. 117/120, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando que continúe el trámite de las mismas según el impulso que recibieren.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por las razones que expuse, en extenso y en lo pertinente, al emitir mi voto en el precedente “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matias s/infr. art. 149 bis, C.P.’” (expte. n° 8252/11, resolución del 04/7/12); y también por los argumentos concordantes que desarrolla mi colega preopinante, Inés M. Weinberg, entiendo que en el caso corresponde: *i*) admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *ii*) revocar la sentencia de Cámara en cuanto fuera materia de agravio y *iii*) devolver las presentes actuaciones para que, jueces distintos a los que han tomado intervención, se pronuncien acerca de los restantes agravios formulados por la defensa en su recurso de apelación (fs. 95/101).

En autos, al amparo de una dogmática e injustificada enunciación de la garantía que tutela el plazo razonable de duración del proceso, el tribunal *a quo* ha dispuesto el archivo y el sobreseimiento de la persona involucrada. Ahora bien, en el precedente aludido se han dado las razones por las cuales no resulta posible concluir que los términos estipulados por el ordenamiento infraconstitucional local (arts. 104 y 105, CPP-CABA) constituyen, *per se*, una reglamentación necesaria, suficiente y/o directa de la garantía constitucional mencionada. La fundamentación sobre la cual se sustenta la determinación, a contrario *sensu*, adoptada por la alzada y las consecuencias concluyentes, que en el caso se han inferido de la ausencia de una “prórroga” a intramuros del Ministerio Público Fiscal, se apartan de los desarrollos que expresé en el *obiter dictum* de ese precedente y consagran una solución extremadamente rigurosa, que desconoce, en las particulares circunstancias de este caso, las funciones acordadas al órgano acusador (art. 125, CCABA).

Al respecto, conviene tener en cuenta que la lectura del ordenamiento infraconstitucional local, restringido exclusivamente a limitar la duración de la investigación que tiene a su cargo la Fiscalía, no permite verificar que exista una relación inmediata con la garantía constitucional aludida, porque, vuelvo a señalarlo, ella no se circunscribe a una sola etapa integrante “del proceso”, sino que intenta poner coto a las eventuales demoras que podrían ocurrir en el proceso durante el trámite de su sustanciación in-

tegral. En este sentido, la duración que esa garantía constitucional tutela abarca a todas las etapas del proceso, a fin de que aquel no se extienda injustificadamente en el tiempo, y su razonabilidad constituye una pauta rectora que disciplina la actuación de todos aquellos que intervienen en su trámite, es decir, no solo la actividad de la Fiscalía. A su vez, la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de una investigación no puede ser examinada en abstracto, como se ha hecho en el caso, sino que tiene que ser seriamente demostrada y ello es, precisamente, lo que no ha fundado el tribunal *a quo*. El razonamiento en función del cual se ha pretendido hacer coincidir, sin más desarrollo, el término legal mínimo de tres (3) meses, regulado para la instrucción, con la garantía constitucional del plazo razonable carece de apropiado sustento. El hecho de que se haya visto excedido ese término, en unas cuantas horas, como se verá, no resulta un motivo apto para determinar la irrazonabilidad de la duración del proceso, ni para disponer su archivo.

En concreto, el ordenamiento infraconstitucional local —analizado en su conjunto— pretende logra la mayor agilidad plausible en la resolución de las causas penales que tramitan en la Ciudad y no la impunidad de quienes las protagonizan. En autos, se ha omitido exponer una argumentación sólida y consistente que habilite a determinar que no ha existido una investigación diligente acorde a las circunstancias particulares de esta causa por parte del Ministerio Público Fiscal y las escasas cuatro (4) horas, que el tribunal *a quo* tuvo en cuenta a los fines de considerar agotado el plazo de la investigación, no se exhibe como una razón idónea, por insuficiente, para justificar el cierre del proceso y el sobreseimiento del encartado. Ello así, pues, por otra parte, ya he dicho que existen diferentes fundamentos que permiten sostener que, en el marco de la actuación interna del Ministerio Público Fiscal, la solicitud de “prorroga” que la Sala III entendió ausente se trata de una carga procesal cuya inobservancia podría dar a alguna medida correctiva, o a algún llamado de atención, dentro de ese ámbito, pero que no deriva necesariamente en el fracaso de la persecución penal que se inicia en resguardo del interés social que la ley suprema deposita, entre otros, en la Fiscalía.

En efecto, el ordenamiento le ha conferido al Ministerio Público Fiscal la autorización expresa para hacer un uso, relativamente discrecional, de los primeros cinco (5) meses de la investigación; autorización o gestión interna, única e indivisible (art. 4, LOMP), que —por regla o *a priori*— no le concierne a los restantes órganos del Poder Judicial inspeccionar. Ello es así, pues los jueces no están investidos de potestad legal alguna que les permita indagar sobre la manera como se ejerce la supervisión interna que ha sido puesta en cabeza exclusiva de los integrantes del Ministerio Público Fiscal. Ese control ha sido estipulado para que el mismo Ministerio verifique —en el curso de un proceso y en el marco de su propia estructura jerárquicamente organizada— si se da alguna circunstancia de impericia, o negligencia, por parte del fiscal instructor y promueva su reemplazo o —en supuestos serios— el archivo del proceso, frente a la comprobación de falta de interés u objetividad que aquel fiscal hubiera podido demostrar en la instrucción que le resultaba inherente. En este punto y en estas actuaciones, lo relevante es que la propia Fiscal de Cámara recurrente ha considerado que la actuación de su inferior jerárquico fue acorde a las particularidades del caso y que la exigua tardanza de cuatro (4) horas —esto es, excediendo los tres (3) primeros meses regulados como mínimo, pero dentro de los cinco (5) primeros meses y mucho antes del año, previsto como máximo—, resultaba una demora tolerable y a esa conclusión formulada en el ámbito de su propia competencia, en principio, correspondía estar, puesto que se encontraba dentro del espacio temporal acordado a ese Ministerio.

Lo dicho no importa afirmar, corresponde aclararlo, que los jueces de mérito no se encuentren habilitados para determinar en concreto la eventual irrazonabilidad de la duración de un proceso —de cara a sus “circunstancias propias” (*Fallos*, 322:360)—, pero lo cierto es que ninguna determinación de esa naturaleza ha tenido lugar en autos. Por el contrario, el tribunal *a quo* en su resolución y en el análisis que la sustenta ha soslayado, al centrar todo el análisis en el cumplimiento irrestricto o descontextualizado del plazo mínimo previsto por la legislación local, cualquier consideración de la exorbitancia de la duración de esta investigación puntual y también ha omitido indicar de qué manera en autos una demora de tan solo cuatro (4) horas en la presentación del requerimiento de juicio por parte del fiscal instructor habría perjudicado al imputado, a fin de poder considerar mínimamente fundada o sería la lesión a la garantía constitucional que, dogmáticamente, se estimó vulnerada.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* que los agravios planteados por el Ministerio Público Fiscal no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXI - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN HEREDIA, JOSÉ MISAEL S/INFR. ART. 149 BIS, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Deserción del recurso: rechazo. Falta de fundamentación.

SUMARIOS:

1. No corresponde aplicar al recurso de inconstitucionalidad el art. 282 del CPPCABA, prevista por el legislador para el caso del recurso de apelación. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

2. Si no se ha expuesto argumento alguno que descalifique la actuación que en el caso ha tenido el titular del Ministerio Público Fiscal y tampoco se han desarrollado argumentos atendibles que permitan concluir que a los recursos que se articulan, o tramitan, ante este Tribunal le son aplicables analógica o supletoriamente las reglas procesales específicamente previstas para el recurso de apelación de competencia del tribunal *a quo*, no cabe hacer lugar a lo peticionado por la abogada defensora del imputado —deserción del recurso de queja del Ministerio Público Fiscal porque la Fiscalía General no lo mantuvo en el plazo que fija el art. 282 del CPPCABA—. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

Expte. SAPCyF n° 10.214/13 - 23/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Fiscalía de Cámara Sudeste dedujo queja (fs. 120/127) contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones (fs. 110/118) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto, a su vez, contra la decisión de esa Sala de archivar las actuaciones y sobreseer a José Misael Heredia en virtud de que el plazo de la investigación penal preparatoria, contado desde el día en que se realizó el allanamiento al domicilio ubicado en la calle Vuelta de Obligado 1906, piso 6º, dto. “A”, de esta ciudad, el 30/11/2011, hasta la presentación del requerimiento de elevación a juicio el 20/12/2012, se había agotado (fs. 90/96).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la Fiscal sostuvo que la interpretación que los jueces habían realizado respecto del concepto “intimación del hecho” contenido en el art. 104 del CPPCABA era arbitraria y violaba los principios de legalidad, división de poderes y debido proceso, a la vez que se apartaba de la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior y de las demás Salas de la misma Cámara, con afectación de la seguridad jurídica y de la igualdad en la aplicación de la ley (fs. 97/102).

3. Por su lado, los integrantes de la Sala III de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, consideraron que la recurrente carecía de legitimación para deducir el recurso de inconstitucionalidad (110/118).

4. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que hiciera lugar a los recursos del Ministerio Público Fiscal, revocando la sentencia recurrida (fs. 131/136).

5. Cuando el expediente se encontraba en la Fiscalía General para contestar la vista que se le había conferido, la Defensa presentó un escrito solicitando que se tuviera por desierto el recurso interpuesto, por considerar vencido el plazo estipulado para que lo hiciera (fs. 137/138).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Previo a resolver la procedencia del recurso de queja interpuesto en autos, corresponde analizar la presentación de fs. 137/138, mediante la cual la letrada defensora solicita se declare desierto el recurso de queja del Ministerio Público Fiscal porque la Fiscalía General no lo mantuvo en el plazo que fija el art. 282 del CPPCABA.

Para fundar su postura la Defensa considera de aplicación supletoria (art. 2º, ley 402) el art. 282 del CPPCABA, párr. 2º, según el cual para el caso del recurso de apelación una vez radicado en la Cámara de Apelaciones, “dentro de los cinco (5) días el/la Fiscal de Cámara deberá manifestar fundadamente si mantiene o no el recurso deducido por el/la Fiscal o si adhiere al interpuesto en favor del/la imputado/a”. Ahora bien, no corresponde hacer lugar a lo peticionado dado que la presentación carece de sustento suficiente, omitiendo explicar por qué razón considera aplicable al recurso de inconstitucionalidad una norma expresamente prevista por el legislador para el caso del recurso de apelación.

2. El recurso de queja obrante a fs. 120/127, interpuesto por escrito, en término y ante este Tribunal, debe admitirse ya que satisface la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402, pues contiene una crítica adecuada del auto denegatorio de fs. 110/118.

3. La procedencia de la queja, sin embargo, no conlleva la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad (fs. 97/102). Los agravios vertidos en el escrito en aná-

lisis no suscitan, en el caso, un asunto de trascendencia constitucional, pues se limitan a discrepar de manera genérica con la valoración e interpretación que los jueces de la Cámara hicieron de lo sucedido durante el trámite de la causa.

En efecto, la recurrente se centra en argumentar que el plazo de vencimiento de la investigación preparatoria debe computarse desde el momento en que se realiza la audiencia en los términos del art. 161 del CPPCABA (fs. 98 vuelta/102). Sin embargo, más allá del acierto o error del análisis efectuado en la sentencia recurrida, los jueces consideraron, por mayoría, que en esta causa se había superado toda pauta temporal razonable de duración de la investigación preparatoria, ya que el imputado había tomado conocimiento de las actuaciones seguidas en su contra más de diez meses antes de que tuviera lugar la declaración prevista en el artículo citado (ocurrida el día 31/10/12). Por ello, y al no existir razones que explicaran la demora en que se incurrió —que significó la paralización del proceso por aproximadamente siete meses— los jueces entendieron que el plazo establecido en el art. 104, del CPPCABA debía computarse desde un momento anterior a la realización de la audiencia del art. 161 (conf. fs. 90/ 96).

El Ministerio Público Fiscal no desarrolla ni da razones suficientes destinadas a rebatir los argumentos que llevaron a la Sala a decidir como lo hizo. En esas condiciones, entiendo que la recurrente no ha logrado plantear un caso constitucional, pues lo único que intentó fue demostrar que la decisión adoptada difiere de la jurisprudencia mayoritaria pero eso, por sí solo, no significa que sea infundada o violenta el principio de legalidad, como alega.

4. Por lo tanto, voto por rechazar el pedido de la Defensa de fs. 137/138, hacer lugar al recurso directo de fs. 120/127 y rechazar el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 97/102.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Como cuestión previa, por los fundamentos que expone en el punto 1 de su voto la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, a cuyo contenido adhiero, no cabe hacer lugar a lo petitionado por la abogada defensora del imputado. En efecto, la interesada no ha expuesto argumento alguno que descalifique la actuación que en el caso ha tenido el titular del Ministerio Público Fiscal y tampoco ha desarrollado argumentos atendibles que permitan concluir que a los recursos que se articulan, o tramitan, ante este Tribunal le son aplicables analógica o supletoriamente las reglas procesales específicamente previstas para el recurso de apelación de competencia del tribunal *a quo*.

Superada tal cuestión, corresponde brindar las razones que me llevan a rechazar —en esta oportunidad— la queja interpuesta por la Fiscalía.

2. La recurrente no ha logrado demostrar que sus planteos involucren un caso de competencia de este Tribunal, toda vez que su argumentación se muestra insuficiente para dar sustento a la tacha de arbitrariedad que realiza y para poner de resalto la presencia de una cuestión constitucional. En estas condiciones, la queja resulta improcedente y así debe ser declarada.

Al respecto, con independencia del acierto o error de lo resuelto por la mayoría de la Sala III, en cuanto a la peculiar interpretación efectuada de las normas infraconstitucionales aplicables (a contrario *sensu*, ver entre otros mi voto en “Cuello”, expte. n° 9206/13, resolución del 7/5/2014), la queja deducida no presenta fundamentos suficientes destinados a ilustrar la relación directa que existe entre los principios constitucionales mencionados y el conjunto de razones que llevaron al tribunal *a quo* a decidir el caso como lo hizo. En este sentido, aun dejando a un lado diversas deficiencias formales del recurso de hecho —es decir, que reitera gran parte el recurso denegado y que contiene

varias referencias a una supuesta “violencia contra la mujer” (fs. 123) que no guarda congruencia con el objeto de este caso—, parece imposible soslayar que la Fiscalía no ha controvertido de manera adecuada el pronunciamiento de la Cámara que en última instancia se propone impugnar ante el Tribunal, pues no ha objetado, ni en la queja ni en el recurso denegado, la valoración de las particulares circunstancias de la causa que habrían sido consideradas por la Cámara para disponer el archivo y el sobreseimiento.

En efecto, el tribunal *a quo* explicó suficientemente y sobre la base de las particularidades del caso que en autos habría existido una evidente falta de diligencia por parte de la fiscalía de primera instancia, en llevar a cabo las medidas necesarias para concluir adecuada y oportunamente la instrucción. A su vez, en su decisión también se expusieron las razones por las cuales la injustificada prolongación del trámite del proceso penal había “superado toda pauta temporal razonable” (fs. 91) y finalmente se concluyó que el gravamen que le habría ocasionado al involucrado la ineficaz y dilatoria actuación de la Fiscalía no le era atribuible en modo alguno. Para fundar estas afirmaciones, se consideraron entre otros aspectos *a*) que la investigación aparentemente se habría visto paralizada, sin “justificación alguna”, por un plazo de siete (7) meses; *b*) que el sujeto involucrado habría estado a derecho, desde que fue emplazado formalmente para ser “intimado”, a instancias de la Fiscalía, en la orden de allanamiento de su domicilio; y *c*) que, no obstante que Heredia se habría presentado espontáneamente al proceso en distintas oportunidades y que habría ejercido activamente su defensa, la Fiscalía, por lo contrario y sin dar una justificación de ello, habría omitido llevar adelante este acto procesal ineludible de manera oportuna (fs. 90/96), que recién se habría concretado a casi un año de aquel emplazamiento inicial.

Ahora bien, la recurrente en sus presentaciones se ha limitado a dejar de manifiesto su fundada discrepancia con la interpretación realizada acerca de reglas infraconstitucionales, pero no se ha hecho cargo de ninguna de las conclusiones reseñadas previamente. La palmaria falta de consideración de estas particularidades que también formaron parte del pronunciamiento de la Cámara y, en especial, la inexistencia de una mínima explicación o negación de la eventual actuación dilatoria que en el caso le había sido fundadamente endilgada a la actuación del Ministerio Público Fiscal tornan improcedente la presentación directa. Ello es así, pues, a mi criterio, aun cuando se admitiera que le asiste razón a la recurrente con relación a qué debe entenderse como “intimación del hecho” (conf. arts. 104, 105 y 161, CPPCABA), la resolución del tribunal *a quo* de todas maneras se sostendría sobre la base de la existencia —no controvertida— de demoras indebidas e injustificadas en perjuicio de la persona involucrada y exclusivamente atribuibles al órgano acusador. En mi concepto, el silencio guardado por la recurrente sobre este punto solo puede ser leído como un reconocimiento implícito de la existencia de cierta dilación innecesaria que no encuentra excusa alguna; circunstancia, que, a su turno, no parece superarse con la mención —correcta o incorrecta— que desliza la Fiscalía acerca de que el trámite sustanciado ante la Cámara también habría sido desproporcionado para fallar la incidencia resuelta (fs. 125), puesto que sumar retrasos ajenos no excusa los propios cuando se trata, justamente, de lograr la mayor agilidad plausible en la resolución de las causas penales que tramitan en esta Ciudad.

En definitiva, cualquiera que sea el acierto o error de la solución dada por la Sala III en este caso, la argumentación propuesta por la recurrente, al menos en los términos en los cuales ha sido planteada, deviene insuficiente a los efectos de descalificar, como acto jurisdiccional válido, lo aquí resuelto.

3. En mérito a lo expuesto, corresponde *rechazar* la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo señalan mis colegas preopinantes, la defensa no ha logrado exponer acabadamente la razón por la cual debería aplicarse el art. 282 del CPPCABA al ámbito de los recursos ante este Tribunal. Máxime cuando la intervención otorgada al Ministerio Público Fiscal se fundó en el art. 29, incs. 3, y 1, de la ley 1903 (hoy art. 31, inc. 3 y 1, de la ley n°1903), regulación que prevé la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal al intervenir en las causas que tramitan ante este Tribunal, mediante resolución fundada, desista de los recursos interpuestos por los Fiscales ante las Cámaras de Apelaciones; mientras que el art. 282, CPP exige al Fiscal ante la Cámara el expreso mantenimiento del recurso.

2. La queja, aunque interpuesta en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402), debe ser rechazada. La señora Fiscal ante la Cámara no ha logrado demostrar que sus motivos de agravio conformen un caso de competencia de este Tribunal.

3. En primer lugar, cabe señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibles porque había sido interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en perjuicio de la persona acusada. La quejosa se hace cargo de rebatir esta cuestión, a lo que se agrega que repetidamente he sostenido que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454, resolución del 08/9/10, entre muchos otros).

De cualquier manera, el recurso de queja debe ser rechazado pues, como se verá, los planteos propuestos no permiten la revisión extraordinaria requerida en tanto se limitan a un desacuerdo con la valoración que los jueces de mérito hicieron de diversos actos procesales ocurridos durante el trámite de la causa y la interpretación que efectuaron de normas de orden procesal local y común.

4. En ese sentido, cabe señalar que, más allá del acierto o error del análisis efectuado en la sentencia recurrida, los jueces consideraron que, en el caso, el plazo de la investigación penal preparatoria debía computarse a partir de distintos actos de la investigación dirigidos al imputado, como ser la realización de un allanamiento en el domicilio del acusado o bien desde que se admitiera su presentación espontánea en la fiscalía luego de ese allanamiento. En ese escenario, entendieron que el término previsto en los arts. 104 y 105 del CPP ya había vencido cuando el fiscal formuló el requerimiento de elevación a juicio.

5. A pesar del cuestionamiento que, en términos genéricos, efectúa la recurrente, lo cierto es que no demuestra por qué la conclusión de los jueces debiera ser descalificada como una derivación razonada de los elementos acumulados y el derecho aplicado. En ese sentido, la mera afirmación de que solo en los casos donde se ha formalizado la intimación en los términos del art. 161 del CPP corresponde comenzar a computar el plazo previsto en el art. 104 de ese mismo código no resulta suficiente para descartar como válido el criterio sostenido por la Alzada, reitero, al margen del acierto o error de lo resuelto.

En definitiva, se ha omitido un desarrollo argumental que permita advertir la vinculación de garantías constitucionales con la cuestión efectivamente decidida en estas actuaciones y tampoco se ha expuesto suficientemente la existencia de una contradicción lógica en la sentencia cuestionada. Reitero, entonces, que la discusión planteada se reduce a una cuestión que involucra aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional

que no habilita la competencia extraordinaria del Tribunal (conf. *mutatis mutandi*, mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/ inf. art.(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/infr. art(s) 129, 1° párr., exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/2011, y sus citas).

En este sentido, basta recordar que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Todo ello, en concordancia a lo que he tenido oportunidad de afirmar en causas similares cuando agravios de la índole de los articulados en este caso han pretendido hacerse valer por el Ministerio Público de la Defensa (conf., mi voto *in re* “Incidente de apelación en autos Veira, Marcelo Daniel s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9714/13, resolución del 15/4/2014, entre otros).

6. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. En primer lugar, corresponde dar trato al planteo efectuado por la defensora particular del imputado ante estos estrados (fs. 137/138), en cuanto sostiene que debe tenerse por desierto el recurso de queja oportunamente deducido por la fiscal de Cámara, por haberse excedido temporalmente el fiscal General al emitir su respectivo dictamen (fs. 131/136).

La presentante argumenta que el término previsto por el art. 282 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, que regula el procedimiento de apelación ante la Cámara, prevé un plazo de cinco días para que el fiscal ante esa instancia fundamente si mantiene o no el remedio interpuesto por su par de primera instancia y, que dicha regla debe aplicarse al recurso de inconstitucionalidad, dado que si bien la ley 402 nada dice al respecto, en virtud del art. 2 “[s]on aplicables supletoriamente las normas de los códigos de procedimientos... vinculados con la materia del proceso...”.

2. La petición debe ser rechazada. Ello así pues la parte se limita a describir el sistema normativo diseñado por el legislador para el ámbito del recurso de apelación sin explicar el motivo por el cual sus reglas deben aplicarse también en el ámbito de los recursos contenidos en la ley de procedimientos ante este Tribunal.

3. En segundo lugar, la queja fue interpuesta ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402) y por quien se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (véase “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del , entre otros).

Además, resulta procedente dado que contiene una crítica concreta de la resolución apelada que logra plantear una cuestión constitucional en orden a la interpretación que los jueces de Cámara hacen de los arts. 104 y 105 del Código Procesal Penal en la sentencia de fs. 90/96, que pone fin al proceso disponiendo el archivo de las actuaciones y el consecuente sobreseimiento del imputado (art. 27, ley 402).

4. Con relación al agravio planteado en el recurso de inconstitucionalidad, cabe señalar que en la sentencia aludida se afirma, por mayoría, que el plazo de instrucción penal preparatoria debe computarse a partir de la fecha en la que se practicó diligencia de allanamiento en el domicilio del imputado, es decir, desde que tomó conocimiento del inicio de una investigación penal a su respecto, y no desde la audiencia dispuesta en el art. 161 del CPPCABA.

5. La crítica desarrollada por la Fiscalía de Cámara contra ese punto de vista es contundente, pues logra demostrar que la interpretación de los arts. 104 y 105 del CPPCABA realizada por los jueces Delgado y Manes se aparta notoriamente del texto legal al darle al concepto “intimación del hecho” un alcance de tal magnitud que importa desconocer la decisión legislativa con menosprecio del principio de la división de poderes y del de legalidad.

En efecto, la recurrente señala con razón que “el texto legal es claro al establecer que el plazo previsto en el art. 104 del CPPCABA debe comenzar a computarse desde el momento de la intimación del hecho del imputado” (fs. 123 vuelta). Para brindar contenido a ese término legal se debe acudir al art. 161 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en tanto emplea iguales palabras para describir el acto procesal que él regula; es recién en esa oportunidad cuando el fiscal efectúa un juicio de valor y considera configurado el estado de sospecha que vincula a aquel con la comisión de un delito (conf. voto de la mayoría en “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Cuello, Gustavo Daniel s/infr. art(s) 150, violación de domicilio, C.P. (p/L 2303); 149 bis, amenazas, C.P. (p/L 2303)’” expte. n° 9206/12, resolución del 7/5/2014).

6. En esas condiciones, la equiparación de un registro domiciliario con el acto de intimación del art. 161 es inadmisibles y agravia al Ministerio Público Fiscal porque lo obliga a preparar la investigación penal en un plazo de tres meses contados desde la diligencia mencionada cuando ni siquiera ha podido evaluar la pertinencia de vincular al imputado con el proceso, con la consecuencia de que un plazo así contado deja de ser un plazo razonable.

7. Ese criterio hermenéutico, por lo tanto, no resulta ser una derivación razonada, debidamente fundada, de los arts. 104 y 105 del CPPCABA y debe ser descalificado. Ello así toda vez que la ley resulta suficientemente clara en cuanto a qué debe entenderse por intimación del hecho y esta claridad impide el surgimiento de interpretaciones distintas al respecto. Solo mediante una interpretación forzada puede enten-

derse que existen otros actos, aparte del mencionado por el código, que impliquen la intimación del hecho.

8. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el planteo formulado por la defensa, admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de fs. 90/96, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando que continúe el trámite de las mismas según el impulso que recibieren.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Primeramente, en cuanto a la presentación de fs. 137/138 —sobre cuya base la letrada defensora solicita que “se tenga por desierto” el recurso de queja deducido por la Sra. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas porque, según manifiesta, la Fiscalía General no lo mantuvo en el plazo que fija el art. 282 del CPPCABA—, no corresponde hacer lugar a lo peticionado toda vez que la parte no brinda razones para aplicar al ámbito de los recursos que la ley de procedimientos ante este Tribunal regula las reglas diseñadas por el Legislador para el recurso reglado en el Título III de la ley 2303.

2. Sentado lo anterior, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad articulados por el MPF, puesto que la sentencia del *a quo* —aquella que, en virtud de lo normado por los arts. 104 y 105 del CPP, resolvió archivar las actuaciones seguidas contra el imputado y, a mérito de ello, decretar su sobreseimiento (conf. fs. 173/179 de los autos principales) — no solo impide la continuación del proceso, sino que, tal como lo pone de resalto el recurrente en su presentación, no constituye una derivación razonada del derecho con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, pues asigna un sentido que desvirtúa y torna inoperantes las normas aplicables a la solución del caso.

3. En lo que respecta a los argumentos desarrollados por la Cámara relativos a la falta de legitimación del MPF para recurrir (conf. fs. 199/207 de los autos principales), y que la fiscalía controvierte con la queja obrante a fs. 120/127, me remito a lo señalado en los puntos 2 a 2.2 de mi voto *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Woloszynski, Sergio Daniel s/infr. art(s) 149 bis, amenazas, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9906/13, resolución del 14/8/14, que doy aquí por reproducidos, para descartarlos.

4. Luego, con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad, el apelante controvierte la interpretación del *a quo* con arreglo a la cual el plazo previsto por los arts. 104 y 105 del CPP comienza a correr, para uno de los jueces, desde el “primer acto de procedimiento dirigido contra el imputado” (fs. 178 de los autos principales) —esto es, el allanamiento realizado en el inmueble ubicado en la calle Vuelta de Obligado 1906, piso 6°, dto. “A” de esta ciudad, el día 30/11/2011—, y, para el otro, desde “que se admitiera la presentación espontánea [del hoy imputado en la sede de la fiscalía] originada por el allanamiento” (fs. 174 de los autos principales) “con el fin de aclarar los hechos que se investigan” (fs. 35 de los autos principales) toda vez que en esa oportunidad aquel tomó conocimiento de las actuaciones seguidas en su contra; y no, en cambio, a partir de la intimación a responder por el hecho que enuncia el art. 161 del CPP. Consecuentemente, a criterio del tribunal de mérito, la presentación del requerimiento de elevación a juicio, a partir de lo reseñado, tuvo lugar fuera de término (conf. los arts. 104, 105 y 161 del CPP).

5. Lo que esa tesis propone no es una interpretación posible de la norma, sino, en efecto, el desconocimiento de su contenido.

5.1. Los arts. 104 y 105 del CPP, en lo que aquí importa, estipulan lo siguiente:

Art. 104. — *Duración.* La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses *a partir de la intimación del hecho* al/la imputado/a (el destacado no pertenece al original).

Art. 105. — *Vencimiento del término.* Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la fiscalía deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones.

A su turno, el art. 161 CPP, bajo el rótulo “Intimación del hecho. Delegación”, establece:

Cuando el/la Fiscal considere que existe sospecha suficiente de que una persona puede ser autor o participe de un delito, le deberá *notificar mediante acta los hechos que se le imputen, en forma clara, precisa y circunstanciada, y las pruebas que haya en su contra.* La intimación del hecho se deberá hacer inmediatamente si estuviera detenido/a, cuando compareciera en los casos de flagrancia y cuando lo/a cite al efecto.

En el acto de intimación del hecho, hará saber al/la imputado/a el derecho que le asiste de ser asistido por un/a de su confianza o de designar al/la Defensor/a Oficial y de prestar declaración personalmente o por escrito, en el momento o cuantas veces quiera, sobre los hechos imputados o de abstenerse sin que ello importe presunción en su contra, y demás derechos previstos en el art. 28.

El/la Fiscal podrá, por decreto, delegar en el/la Secretario/a de la Fiscalía el acto de intimación del hecho al/la imputado/a, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente.

5.2. Vale aquí recordar la doctrina de la CSJN según la cual la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, por cuanto el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (conf. *Fallos*, 299:167; 304:1820; 314:1704; entre muchos otros).

En tales condiciones, si el propio texto del CPP —art. 161— asigna un significado específico a la expresión “intimación del hecho” que emplea el art. 104 como disparador del plazo para la investigación penal preparatoria, a él cabe estar primeramente.

5.3. De acuerdo con los hechos no controvertidos de la causa, el día 31/10/2012 (conf. el acta de comparecencia glosada a fs. 94 de los autos principales) el imputado fue intimado a responder por el hecho en los términos del art. 161, CPP—acto que, entre otros efectos, liga al sujeto formalmente al proceso—, y el día 20/12/2012 el Sr. Titular del Equipo Fiscal “C” de la Unidad Norte del MPF de la CABA requirió de juicio en los términos del art. 206 del CPP (conf. fs. 122/127 vuelta de los autos principales).

En tales condiciones, la interpretación que viene debatida, y la solución a que por su intermedio se arribó, prescinde de la ley procesal aplicable pues, conforme quedó reseñado, la investigación preparatoria, en efecto, concluyó dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la intimación a responder por el hecho al imputado (conf. los arts. 104, 105 y 161 del CPP).

6. Por lo pronto, vale recordar que, conforme lo he señalado en otras oportunidades (conf. mi voto *in re* “Woloszynski”, ya citado; “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitu-

cionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matías s/infr. art. 149 bis, C.P.’”, expte. n° 8252/11, sentencia del 4/7/2012; entre otros), el acto al que el Legislador le acordó el efecto que la Cámara le dio al allanamiento o a la admisión de la presentación espontánea del imputado en la sede de la fiscalía es la intimación a responder por el hecho que regula el art. 161 del CPP, cuya validez constitucional, por lo demás, no viene discutida.

6.1. Ese acto, a su vez, no resulta equiparable a un allanamiento. La intimación a responder por el hecho constituye el acto por medio del cual el fiscal notifica mediante acta a una persona (el imputado) los hechos cuya comisión se le imputan y lo invita a “declarar” acerca de ellos (conf. el punto 5.1. de este voto). En cambio, el allanamiento es ordenado por un juez, a pedido de un fiscal, cuando “hubieran motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al hecho o que allí puede efectuarse la aprehensión del/la imputado/a o de alguna persona requerida o fuere necesario el ingreso para la aplicación de alguna medida precautoria...” (conf. el art. 108 del CPP).

Ahora bien, una medida no suple a la otra, ni persiguen los mismos fines. Mientras que el allanamiento tiene por objeto recabar elementos de prueba, lograr la detención del imputado u otra persona cuya presencia en el proceso fuera requerida o trabar alguna medida precautoria, la finalidad de la intimación del art. 161 del CPP es vincular formalmente al sujeto al proceso penal, integrarlo como parte; circunstancia, por lo demás, que lleva a descartar la afirmación sobre cuya base se pretende equiparar la audiencia del art. 161 con cualquier otra diligencia que refleje en el imputado el conocimiento de que existe una investigación en su contra (conf. mi voto *in re* “Woloszynski”, ya citado).

7. En suma, lo dicho muestra que ni la letra expresa de los arts. 104 y 161 del CPP ni la interpretación sistemática del cuerpo normativo en que se encuentra inserta da apoyo a la conclusión a que arribó el *a quo*.

Por lo expuesto, voto por rechazar el pedido obrante a fs. 137/138, hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos, revocar la decisión cuestionada, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando que continúe su trámite según el impulso que recibieren.

Por ello, por unanimidad con respecto al punto 1 y por mayoría con respecto al punto 2,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el pedido de la Defensa (fs. 137/138).

2°. *Declarar* que los agravios planteados por el Ministerio Público Fiscal no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXII - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN VALENZUELA, LUIS OMAR S/ART. 189 BIS, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva: improcedencia.

Expte. SAPCyF n° 9681/13 - 23/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad, en representación de Luis Omar Valenzuela, interpuso recurso de queja (fs. 127/136) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 124/126) que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que la defensa había deducido (fs. 115/120), a su turno, contra la resolución de dicha Sala (fs. 104 bis/114), en cuanto confirmó la decisión dictada por la jueza de primera instancia (fs. 73/81 vuelta) que, en lo que aquí interesa, rechazó el planteo de excepción por falta de acción —por vencimiento del plazo de investigación penal preparatoria—, articulado por la defensa.

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado por los jueces de la Sala I, la defensa señaló que la resolución recurrida resultaba equiparable a definitiva porque le provocaba a su defendido un perjuicio actual de imposible reparación ulterior. En concreto, indicó que la confirmación de lo resuelto por la jueza de grado importó la afectación de las garantías de defensa en juicio, debido proceso y la duración razonable del proceso.

3. El Fiscal General de la Ciudad, al tomar la intervención requerida en estas actuaciones (fs. 140/145), consideró que el Tribunal debía rechazar la queja interpuesta por la defensa, porque el quejoso no había recurrido una resolución equiparable a definitiva y porque tampoco había planteado un caso constitucional.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley 402) pero no puede prosperar porque el recurso de inconstitucionalidad, denegado por el tribunal *a quo*, no se articuló contra una “sentencia definitiva” (art. 27, ib.), ni contra un auto, que, por sus efectos y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, pueda ser equiparado excepcionalmente a ella. Esta decisión, en lo que hoy importa, se limitó a confirmar la decisión de la instancia anterior que rechazó un planteo de excepción y una solicitud de archivo, incoada ante el vencimiento del plazo de la IPP, pero no le puso fin al proceso, no impidió su continuación y no se puede inferir de los escuetos desarrollos que expone la defensa oficial que existan circunstancias ilustrativas del perjuicio irreparable invocado o de la cuestión constitucional involucrada.

Al respecto, al interponer el recurso denegado y al deducir la queja, la defensa ha omitido hacerse cargo de rebatir los argumentos que sustentaron a las decisiones que impugna y, en consecuencia, prescinde de brindar una explicación seria que vin-

cule a las garantías que genéricamente menciona y lo resuelto por la Cámara. En otras palabras, la defensa fracasa al presentar fundamentos que permitan excepcionalmente equiparar el pronunciamiento a definitivo y también en la exposición de la controversia constitucional que, eventualmente, podría justificar la intervención de este Tribunal, en tanto los argumentos que la defensa planteó solo dejan traslucir: (i) su disconformidad con la inteligencia dada a reglas rituales, que, en principio, no le incumbe a este estrado analizar; o (ii) su disconformidad con las circunstancias tenidas en cuenta por el tribunal *a quo* para concluir que el plazo legal “mínimo” (conf. fs. 109; el énfasis fue agregado) de la investigación penal preparatoria no se habría agotado en autos.

En concreto, la argumentación expuesta por la defensa no alcanza a conmovér, por genérica e insuficiente, los motivos por los cuales el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibles por la Cámara. Ello es así, toda vez que su presentación directa no contiene una fundamentación sólida y concreta que se vincule necesariamente con la garantía constitucional del “plazo razonable” a la que alude, de manera tal que se torne insoslayable la habilitación de esta vía (de excepción), ni autoriza a presumir que, hasta que en el caso se dicte una “sentencia definitiva”, vaya a transcurrir un lapso tan prolongado que, en sí mismo, resulte capaz de provocarle al involucrado un gravamen que no admita una reparación posterior. Similar defecto es posible predicar con respecto a la invocación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso y/o del principio de legalidad, que el recurrente despliega sin desarrollo adicional alguno que justifique su relación con lo resuelto —con carácter no definitivo— por los jueces de mérito.

En el caso, la defensa se limitó a formular consideraciones referidas a la interpretación que, a su criterio, debía realizarse con relación a las normas rituales que juegan en la especie, pero, al margen del mayor o menor acierto de su propuesta, no demuestra concretamente que en esta causa exista una dilación injustificada en el trámite del proceso y tampoco explica las razones por las cuales considera que el tiempo efectivamente transcurrido hasta aquí resulta desmesurado para concluir la investigación de una conducta como la que se ventila en este caso (según mi voto, *in re* “*Haedo*”, expte. n° 8252/11, sentencia del 04/7/2012; al que me remito en extenso).

Finalmente, refuerza aún más mi convicción el hecho de que la CSJN recientemente ha desestimado diversas quejas interpuestas a fin de lograr la revisión de planteos relativamente similares a los que ha propuesto en autos la defensa [conf. recursos de hecho deducidos por los Defensores Oficiales en los autos “Gareca, César Luis s/ inf. art. 189 bis, C.P. —causa n° 9159/12—” (G.916.XLIX, 10/12/13); “Gamboa, Juan Carlos s/ inf. art. 150, C.P. —causa n° 8882/12—” (G.449.KLIX, 17/12/13); e, incluso, “Franco, Fernando Gastón s/ inf. art. 189 bis, C.P. —causa n° 7710/10—” (F.671. XLVII, 18/9/12)].

2. En mérito a lo expuesto, corresponde *rechazar* la queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), sin embargo, no puede prosperar.

2. Este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402 (“Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255 —apelación—’, expte. n° 3338/4, resolución del 1°/12/2004, entre muchos otros).

3. Tampoco el recurrente ha demostrado que la decisión cuestionada —que confirmó el rechazo del planteo de la defensora oficial para que se archivara la causa por vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria— pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. En ese sentido, la defensa no ha logrado conectar la decisión impugnada con garantías que requieran de una tutela inmediata por parte de este Tribunal.

Sucintamente, el recurrente reclama el reconocimiento del derecho de su asistido a un *pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable*, que a su entender se ve vulnerado por el transcurso de los plazos prescriptos por la ley de forma, que considera regulatorios de las previsiones de los arts. 13.3, CCABA y 18, C.N., y los arts. 7.5 y 8.1, CADH, 9.3 y 14.3.c, PIDCyP, en función del art. 75, inc. 22, C.N. En ese sentido, la defensa entiende que el término de duración de la investigación penal preparatoria al que se refiere el art. 104, CPP —“La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a”— no se inicia necesariamente a partir de la “intimación del hecho” prevista en el art. 161, CPP, como lo afirmaron los jueces de mérito.

Sus argumentaciones, entonces, se limitan a proponer una interpretación diferente de las reglas procesales en juego, sin lograr demostrar que los jueces hubieran fallado con desapego al texto de la ley y son insuficientes para demostrar lesión alguna a los principios constitucionales que rigen la interpretación de la ley penal.

Consecuentemente, la invocación de la vulneración de la garantía de la *duración razonable* del proceso penal aparece, en el caso, como una mera afirmación genérica que no se corresponde con la cuestión decidida en autos. Como se advierte, de lo que se trata es de la interpretación de preceptos de rito, de naturaleza infraconstitucional (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/inf. art.(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/infr. art(s) 129, párr. 1°, exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/2011, y sus citas).

Por lo demás, cabe precisar que el presente caso no tiene semejanza con el invocado por la defensa en su queja (expte. n° 7563/10 “Ministerio Público —Defensoría General de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘O., J. P. s/infr. art. 95 C.P.’”, resolución del 10/8/2011), pues allí se había declarado la inconstitucionalidad del art. 105 del CPP.

4. De acuerdo a lo expuesto, resulta de aplicación al caso, *mutatis mutandi*, lo resuelto por este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de prescripción de la acción en autos: Ierino, Leandro o Leonardo Javier s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 5542/07, resolución del 14/5/2008; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3° del C.P. — apelación’”, expte. n° 4169/05, resolución del 22/2/2006 y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis, párr. 3° del C.P.’”, expte. n° 4170, resolución del 10/2/2006, entre otras. Cabe señalar que en dichos casos, en los que las instancias de mérito habían rechazado, también, el pedido de archivo de las actuaciones

por el transcurso del plazo de duración de la investigación preparatoria (que en aquel momento regulaba el art. 56, inc. 2º, ley 12) la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó las quejas interpuestas por recurso extraordinario federal denegado tras afirmar la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable a tal de acuerdo a las previsiones del art. 14 de la ley 48 (I. 145. XLIV, “Ierino”, resolución del 5/5/2009; P. 535. XLII “Petracona”, y “M. 679. XLII “Ponzoni”, resolución del 31/10/2006).

5. En razón de lo expuesto, considero que corresponde rechazar la queja. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, párr. 2º, ley 402), corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado según constancias de fs. 151/153 (conf. “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—’”, expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003, en Constitución y Justicia [Fallos del TSJBA], t, V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 376 y ss.).

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La presente queja, aunque fue interpuesta en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), no puede prosperar.

La sentencia de Cámara, que confirmó la resolución de grado que resolvió no hacer lugar a la excepción de falta de acción solicitada por la defensa, no es definitiva conforme lo dispone el art. 27 de la ley 402. Además, no se ha acreditado que ponga en vilo una garantía constitucional o federal que requiera una tutela inmediata.

2. Las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido al proceso, en principio, no reúnen carácter de sentencia definitiva. Tampoco es asimilable a tal en tanto no pone fin al proceso, no impide su continuación ni se demuestra un gravamen de imposible reparación ulterior (*Fallos*, 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre otros).

El agravio referido a la vulneración de la garantía de plazo razonable de duración del proceso penal aparece, en el caso, como una mera afirmación genérica que no se corresponde con la cuestión decidida en autos.

Del legajo no surge una dilación indebida en la tramitación del proceso ni tampoco es dable colegir que, hasta que se dicte una sentencia definitiva, vaya a transcurrir un plazo excesivo. Ello así toda vez que el fiscal con fecha 30 de julio del año 2012 solicitó la remisión de la causa a juicio (conf. fs. 59/62 vuelta).

3. Los motivos de agravio de la defensa solo proponen una interpretación diferente de las normas procesales involucradas, sin lograr demostrar que los jueces hubieran fallado con desapego al texto de la ley. Además, son insuficientes para demostrar una lesión a los principios y garantías constitucionales que rigen en la interpretación de la ley penal (conf. “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aguirre, Edgardo Gable s/inf. art. 1º, ley nacional 13.944 (Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar)’, expte. n° 9381/12, resolución del 6/11/2013).

4. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 127/136.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque la sentencia de Cámara, que confirmó la resolución de grado que, en lo que ahora importa, había resuelto no hacer lugar a la excepción de falta de acción solicitada por la defensa, no es la definitiva a

que se refiere el art. 27 de la ley 402, ni se ha acreditado que ponga en vilo una garantía constitucional o federal solo susceptible de tutela inmediata.

2. La parte recurrente se agravia de la interpretación que hizo la Cámara con arreglo a la cual el plazo que prevé el art. 104 del CPP "...se computa a partir de la 'intimación del hecho'..." (fs. 108 vuelta); y no, en cambio, a partir de la fecha en que el Fiscal efectuó del decreto de determinación de los hechos, como pretende la defensa (conf. fs. 104 vuelta y 115 vuelta).

Ese agravio no viene atacando la duración que tuvo la investigación computada sobre la base de esas reglas, por opuesta a la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable que contemplan los arts. 10 de la CCABA, 18 de la C.N., 25 de la DADDH, 7.5 y 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCP, sino la interpretación del citado art. 104, que considera la defensa insostenible. Dicha interpretación asume que el plazo del art. 104 ha de iniciarse a partir de la "intimación" del art. 161 del CPP; no que la duración del proceso quede privada de límite. Cabe agregar que no se afirma que, aplicada esa interpretación, el lapso resultante sea, por excesivamente prolongado, incompatible con la garantía.

3. En esas condiciones, no media directa relación entre la garantía de duración razonable del proceso y lo resuelto, pues la decisión queda exclusiva e independientemente apoyada en una norma adjetiva, el art. 104 del CPP, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio.

4. Ciertamente es que, aunque no se cuestiona la validez del art. 104 sí, en cambio, si su interpretación es sostenible. Pero, vale aquí recordar que, conforme lo tiene dicho la CSJN, para un recurso de similares características, "...la invocación [...] de arbitrariedad no suple la ausencia de definitividad de la resolución impugnada..." (*Fallos*, 254:12; 256:474; 267:484, entre muchos otros). Consecuentemente, no está dentro de las atribuciones de este Tribunal corregir una situación como la traída por la parte recurrente.

5. Por lo demás, no es posible advertir la conexión que existiría entre la causa que la Sra. Defensora General Adjunta cita a fs. 131 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matías s/infr. art. 149 bis, C.P.'", expte. n° 8252/11, resolución del tribunal de fecha 4/7/2012 y lo resuelto en autos a los fines de justificar la habilitación de esta instancia de excepción, puesto que, a partir de una lectura detenida del pronunciamiento reseñado, se observa que de lo que la Defensa allí se agraviaba era de la tesis de la Cámara con arreglo a la cual la audiencia de "intimación del hecho" (conf. el art. 161 del CPP) podía ser reabierta cuantas veces el fiscal lo entienda pertinente, criterio que, en la visión del recurrente, constituía un modo arbitrario de prescindir de lo dispuesto en los arts. 104 y 105 del CPP; cuestión, consecuentemente, ajena a la discutida en autos (conf. el punto 2 de este voto). En este sentido, en la causa citada sostuve que

"[i]nterpretar cuál es el alcance que corresponde acordarle a esos preceptos procesales, los arts. 104 y 105 del CPP, constituye, por regla, una cuestión propia de los jueces de mérito, y ajena, por ende, a la competencia de este Tribunal. Dicho de una manera más directa, la discusión acerca de la interpretación que cabe acordarle a esas normas procesales carece, como principio, de relación directa con la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

En cambio, distinta situación se presenta frente a la desaplicación de esos artículos, ya sea de modo explícito o implícito. Como toda declaración de inconstitucionalidad, esa sí constituye una cuestión constitucional susceptible de abrir

la competencia que a este Tribunal le acuerda el art. 113, inc. 3º, de la CCABA; cuestión constitucional que, por lo demás, compromete en forma directa “la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable”, esto es, una garantía solo susceptible de tutela inmediata (conf. entre otros, la doctrina de la sentencia de la CSJN publicada en *Fallos*, 272:188). Esa última situación es, justamente, la que viene invocada por la defensa en el *sub lite*”.

6. Finalmente, en cuanto invoca afectada la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, viene formulada con prescindencia de las constancias de la causa, en tanto la recurrente no se hace cargo, mínimamente, de las razones que dio la Cámara para rechazar el planteo, al explicar que “[si bien e]s cierto que la tramitación de la instrucción podría haber sido realizada en un plazo menor [...], ello, por sí solo, no alcanza para afirmar, al menos por el momento y de conformidad con los parámetros que se desprenden de la casuística jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se vulneró el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Máxime, en vista de los hitos anteriormente enumerados, de acuerdo a los cuales, desde el ingreso de la causa al fuero, el MPF ha llevado a cabo diversas medidas tendientes a evaluar la procedencia de su elevación a juicio...” (fs. 251 vuelta de los autos principales).

7. Por las razones que desarrollé al votar *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que me remito, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, voto por rechazar la presente queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Sr. Defensor General a favor del Sr. Valenzuela es formalmente admisible y contiene, además, una crítica fundada y acertada del auto denegatorio.

La defensa alega la afectación al plazo razonable y al principio de legalidad provocada por la interpretación que la Cámara dio a las reglas de duración de la investigación preliminar (arts. 104 y 105 del CPPCABA). Sostiene que el plazo razonable fijado por ley ya expiró, constatándose así, en ese mismo momento, la lesión insubsanable en otra oportunidad al derecho al plazo razonable, lo cual determina la actualidad del agravio y la imposibilidad de reparación ulterior requerida a los fines de la procedencia formal del recurso de inconstitucionalidad.

De este modo, de asistirle razón a la defensa, el agravio consistente en que su defendido siga sometido a proceso no podrá encontrar remedio al dictarse el pronunciamiento final de la causa, precisamente porque el vencimiento del plazo legal implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal y, como consecuencia, otorga el derecho inmediato a no seguir sometido a proceso.

2. La procedencia de la queja, sin embargo, no conlleva la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad (fs. 115/120), como se verá en lo que sigue.

3. Los agravios vertidos en el escrito —tal como han sido expuestos— no suscitan, en el caso, un asunto de trascendencia constitucional.

La defensa sostiene que la decisión que emitiera la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 104 bis/114) afecta las garantías de defensa en juicio, debido proceso y plazo razonable, pues, “...en autos el señor Valenzuela fue imputado de los hechos mucho antes de la realización de la audiencia del art. 161, CPPCBA” (fs. 119).

4. De conformidad con lo prescripto en el art. 104 del CPPCABA, “[l]a investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal deberá solicitar prórroga a el/la Fiscal de Cámara, quien podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, el/la Fiscal podrá solicitar que la prórroga otorgada exceda excepcionalmente dicho plazo, debiendo fijar el Tribunal el término perentorio de finalización de la investigación preparatoria que, no podrá exceder de un (1) año a partir de la intimación de los hechos...” (el subrayado me pertenece).

En principio, el acto de intimación al que se refiere el artículo citado surge cuando “[e]l/la Fiscal considere que existe sospecha suficiente de que una persona puede ser autor o partícipe de un delito [y le notifique] (...) mediante acta los hechos que se le imputen, en forma clara, precisa y circunstanciada, y las pruebas que haya en su contra” (art. 161 del CPPCABA).

Como lo señalara en diversos precedentes, el mandato contenido en el art. 104 del CPPCABA tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y es la propia ley la que establece, en el art. 105 que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones (“Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘F., F. G. s/infr. art. (s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710, resolución del 11/10/2011 y otros).

Ahora bien, a juicio del Defensor de Cámara, parecería —dado que no lo dice expresamente sino que transcribe lo manifestado por la Defensora Oficial— que el decreto de determinación del hecho de fecha 08/11/2011 (fs. 115 vuelta) constituye en el marco de la presente causa, el acto procesal a partir del cual debe computarse el plazo de tres meses de la investigación preparatoria.

En este punto, las exiguas referencias del escrito en análisis no bastan para fundar la hipótesis enunciada ni para articular un caso constitucional.

La mera remisión al acta de fs. 22/22 vuelta y la imprecisa alusión a los dos pedidos de allanamiento a la vivienda del imputado (fs. 115 vuelta) son insuficientes para mostrar que, en este proceso, la presentación del requerimiento de elevación a juicio ha sido tardía.

5. Por fin, tampoco se advierten —en el contexto de autos— las especiales circunstancias que justificaron el sentido de mi voto en el expediente “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de apelación en autos: ‘De los Santos, Norberto Alcides y otros s/infr. art(s) 181 inc. 1°, usurpación (despojo) —C.P. (p/L 2303)—’”, expte. n° 8378, resolución del 18/4/2012.

6. En consecuencia, voto por: a) admitir la queja que dedujera la Defensa Oficial del Sr. Valenzuela (fs. 127/136 vuelta) y b) rechazar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 115/120).

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto (fs. 127/136).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXIII - VARGAS, SUSANA MARÍA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.275/13 - 29/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 338/350 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la de primera instancia que hizo lugar al amparo y, en consecuencia, ordenó a la Administración que continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que a la actora y su grupo familiar se le otorgue alojamiento o fondos suficientes para acceder al mismo. Esta decisión (fs. 247/249 vuelta), que suscitó solo la apelación del GCBA, fue confirmada por la Cámara en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento; en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 315/318 vuelta; fs. 325).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 30133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n° 13817/0, el 13/10/06, resulta-

ba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 338/350 vuelta) la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravó del decisorio porque la Cámara, en lo que respecta al monto de la obligación reconocida, se apartó sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 375/376 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 394/417). A su turno, el Sr. Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 419/429 vuelta).

6. A fs. 436 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

1) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que: *i)* la parte actora en el proceso inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantizara su derecho a una vivienda digna; *ii)* que se encuentra en situación de *vulnerabilidad social*; *iii)* que los jueces de mérito entendieron que la demanda fue planteada por los actores, Susana María Vargas y sus hijos menores de edad, y Gregorio Vargas como “grupo familiar”, acordándole al mencionado grupo una solución al problema habitacional denunciado. Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene la accionante con la Ciudad (fs. 247/249 vuelta; 318 vuelta).

2. Los agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado resulta así sustancialmente similar a la abordada por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i)* atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii)* esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii)* no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv)* sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v)* la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi)* los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii)* deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii)* el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC¹⁴²) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aque-

¹⁴² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

llas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C.,S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A.

c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416.XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036*—que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda—prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social—art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social—art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atraviesen situaciones de violencia doméstica o sexual—art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios

habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1º/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁴³—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1ª sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas.

¹⁴³ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra

óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Coincidimos con el juez de trámite, José O. Casás, en que los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que “... mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en

este proceso”. Además, allí los jueces señalaron que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 318/318 vuelta).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC,¹⁴⁴ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que los jueces de mérito entendieron que la demanda fue planteada por los actores como “grupo familiar” compuesto por Susana María Vargas, su hermano, y los cuatro hijos menores de edad de aquella; que se encuentran en una situación económica precaria y el 6/11/2007 les negaron la renovación del subsidio previsto en el Decreto 690/06. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga

¹⁴⁴ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 315/318 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. *Interdependencia de los derechos humanos:*

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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 constitu-

yen 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también reeptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurí-

dica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁴⁵

¹⁴⁵ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efec-

esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

tividad de los derechos aquí reconocidos” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento

determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁴⁶ o “Sejean”¹⁴⁷ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica

¹⁴⁶ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁴⁷ *Fallos*, 308:2268 (1986).

con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o *que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 315/318 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4º. *Imponer* las costas por su orden

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLXIV - STAGNARO, ANDREA HEBE C/GCBAY OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO¹⁴⁸

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Derechos económicos, sociales y culturales. Principio de no regresividad. Fundamentación por remisión a precedente. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.228/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió “Desestimar los agravios y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en los términos expuestos en este decisorio...” (fs. 165 vuelta).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces, agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada “Lemos Fonseca Alba Nibia contra GCBA sobre amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 30.133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n°13817/0, el 13/10/06, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró

¹⁴⁸ *Nota del editor*: Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 30/5/2014 en los autos “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, *Constitución y Justicia*, t. 2014/B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 1149.

que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica de la actora sus hijos se hubiese modificado, sino que el núcleo familiar continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias, sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendentes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica, sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales (fs. 162/165 vuelta).

3. En el recurso de inconstitucionalidad el GCBA sostuvo, en primer lugar, que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva al decidir en una sentencia “ómnibus” numerosas causas en las cuales se ventilaban situaciones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Expresó, además, que la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento alguno, de las normas y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor al que allí se establecían. Adujo que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por lo decs. 690/06, 960/08 y 167/11. Por último, atacó la forma en que fueron impuestas las costas tanto en primera instancia como en la Cámara (fs. 183/195).

4. El Fiscal General Adjunto opinó que correspondería hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y reenviar la causa a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 238/248 vuelta).

5. A fs. 254 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 162/165 vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna, y *ii)* es un grupo familiar conformado por una mujer con discapacidad motora, y su hija que padece una parálisis cerebral, por la que ambas obtuvieron certificado de discapacidad), y que se encuentran en *situación de vulnerabilidad* (conf. informe socio ambiental de fs. 103/106 valorado por la jueza de grado a fs. 126 vuelta).

2. En el caso, el GCBA pretende resistir el decisorio de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la sentencia de grado y ordenó al GCBA

a que "...preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso" (conf. fs. 165). Asimismo, aclaró que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 165/vuelta)."

Ahora bien, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re*: "X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 10229/13, sentencia del 30 de abril del corriente año.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 162/165 vuelta; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad aquí valorada.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia en los siguientes términos: "...ordenar a la demandada [GCBA] que mientras subsista la situación actual de los accionantes[SIC *rectus*: accionante] le[] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso" (conf. fs. 165). Asimismo, aclaró que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 165/vuelta).

2. Los agravios del GCBA no se hacen cargo de que al tiempo que la Cámara dictó la sentencia recurrida estaba vigente la ley 4036, la que acuerda el derecho a un alojamiento (conf. el art. 25, inc. 3) a aquellas personas que estén, en lo que aquí importa, en la situación de discapacidad que define el art. 23 de esa misma ley —conf. voto conjunto con la Dra. Conde, *in re* "X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En dicho precedente señalamos que la ley no se refiere a cualquier "discapacidad".

La definición de qué se entiende por personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad viene dada por el art. 23 de la ley en los siguientes términos: "[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión".

Como se puede observar la mera presentación de un certificado de discapacidad no basta para acreditar la "discapacidad" a que se refiere la ley, ni la definición transcrita

excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23. Agrega el Legislador que no basta con que se trate de una persona que padezca alguna de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales, sino que para quedar incluidas en el grupo beneficiado es preciso que se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono.

Además, no hay que perder de vista que la ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. El art. 22 dice: “[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 447”.

A tales fines se prevé que el GCBA “...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social” (conf. el art. 25 de la ley); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de contención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral (conf. art. 25, especialmente incs. 4° y 6°).

En suma, la asistencia a la persona discapacitada es integral. Esa asistencia debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si la persona discapacitada es un menor, la solución integral no puede llevar a la separación del grupo familiar (conf. el art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio 6° de la Declaración de los Derechos del Niño).

4. Aquí, a su vez, el GCBA no ha discutido la situación de hecho en que relataron los jueces de mérito se encuentra la actora. Según ese relato, la actora es una mujer con discapacidad motora (esclerosis múltiple), que tiene a su cargo a su hija —en ese entonces menor de edad— que “padece una parálisis cerebral, razón por la que requiere una contención especial” (fs. 126 vuelta). Afirmó que su situación socioeconómica y el grado de vulnerabilidad del grupo familiar surgía del informe producido por la demandada a fs. 50/53. Tampoco el GCBA ha discutido la vinculación que el actor tiene con la Ciudad, a la luz de las previsiones de la ley 4036.

En suma, el *a quo* tuvo por acreditado, por un lado, que la actora y su hija padecen limitaciones físicas y que está por debajo de la línea de indigencia, por el otro, al concluir que “se encuentra suficiente acreditada y debidamente actualizada la situación socioeconómica y el grado de vulnerabilidad del grupo familiar actor”, determinaciones que el GCBA no discute. En tales condiciones, se sostiene la conclusión del *a quo* conforme con la cual el actor está enmarcado en la definición de discapacidad que da el art. 23 de la ley 4036.

5. En ese contexto, el GCBA no muestra que la Cámara, en tanto confirmó la sentencia de primera instancia, hubiera resuelto prescindiendo del ordenamiento jurídico vigente, al reconocerle a la actora el derecho a un alojamiento.

6. En cambio, sí prosperan los planteos que el GCBA dirigió a cuestionar el alcance de la condena impuesta. En efecto, al igual que *in re* “X. F. E., T.”, entiendo que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeiramente una ocasión para que ejerciera las funciones que le competen para atender el derecho que le asiste al accionante, haciendo conocer en la causa cómo se dispone a hacerlo a fin de establecer si el modo concebido a ese fin satisface la condena.

Por ello, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda del aquí actora (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones. Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los términos en que fue establecida la condena en autos y rechazarlo en todo lo demás, revocar la condena dispuesta y, en consecuencia, ordenar al GCBA que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurí-

dica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁴⁹

¹⁴⁹ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efec-

esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

tividad de los derechos aquí reconocidos” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento

determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁵⁰ o “Sejean”¹⁵¹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica

¹⁵⁰ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁵¹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAYT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* la sentencia de fs. 162/165 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad aquí valorada

4º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, sentencia suscripta el 30/4/2014.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

“X. F. E., T. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO”

Expte. SACAyT n° 10.229/13 - 30/4/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con respecto a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda, y lo denegó en cuanto a los planteos de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 282/283 vuelta).

2. En el caso, T. X. F. E., por derecho propio, interpuso acción de amparo contra el GCBA con el objeto de requerir una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad. Pidió, además, que en caso de otorgarse un subsidio, su monto le permitiera abonar íntegramente el costo del lugar en el cual se aloje, y si este se abonara en cuotas periódicas, que cada una de ellas fuera suficiente para solventar los gastos de su alojamiento hasta el cobro de la siguiente (fs. 1/34).

Relató que nació el 28 de julio de 1952 en Uruguay, con una discapacidad motora; que desde entonces estuvo al cuidado de una familia que se encargó de su crianza y educación; que se mudaron a España y a sus tres años de vida cedieron su cuidado a un orfanato, donde vivió hasta sus veintiún años.

Expresó que se desempeñó como empleada doméstica en una casa de familia donde sufrió violencia física y abuso sexual, luego trabajó durante diez años en un almacén, y al cerrar este se dedicó al cuidado de niños y ancianos. Explicó que en 1987 viajó a la Ciudad de Buenos Ai-

res pero nunca logró insertarse en el mercado laboral por su discapacidad motora.

Señaló que en octubre de 2007 le otorgaron el subsidio establecido en el dec. 690/06 por un monto de cuatro mil quinientos pesos distribuidos en seis cuotas. Explicó que, al finalizar el subsidio, quedó en situación de calle y que con el dinero obtenido de la realización de “changas”, pudo alquilar una habitación de hotel.

Destacó que su discapacidad motora es causada por la osteoartrosis generalizada y la osteomalacia que padece, y que debe usar muletas de manera permanente. Agregó que sufre, además, asma bronquial e hipertensión arterial.

Apuntó que los únicos ingresos que percibe corresponden a la pensión asistencial por invalidez que asciende a la suma de \$ 607.80 y al beneficio del Programa Ticket Social (\$100 mensuales).

Agregó que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, y debe utilizar el dinero de la pensión para fines impropios al destinarla al pago de la habitación de hotel donde reside.

Destacó que solicitó la renovación del subsidio habitacional, lo que fue denegado. El GCBA manifestó que ello no era posible por haberlo percibido totalmente.

Planteó la inconstitucionalidad de los límites de la prestación habitacional establecidos en los arts. 5° y 6° del dec. 690/06 en cuanto al monto del subsidio, la sujeción a partidas presupuestarias y al plazo en el que se otorgan las cuotas del subsidio (fs. 30.), y del art. 24 de la ley 2145 (fs. 31).

Asimismo, como medida cautelar, requirió que se ordenase al GCBA su urgente incorporación a alguno de los programas habitacionales vigentes o que brinde una solución adecuada a sus requerimientos habitacionales, medida a la que el juez de primera instancia hizo lugar (fs. 91/92).

3. La demandada, al contestar el traslado de la acción promovida, solicitó su rechazo (fs. 111/121).

4. El juez de grado hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al GCBA "... otorgue al amparista la cobertura de una vivienda que contemple sus necesidades habitacionales, a través del medio que estime más conveniente y, en caso de ser un subsidio, este se encuentre en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades y le brinde el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional. Dicha prestación deberá mantenerse en la medida en que se mantengan las causas que dieron origen al otorgamiento de la cobertura habitacional o subsidio..." (fs. 189/192).

5. Disconforme con lo decidido, el demandado apeló la sentencia. En su recurso sostuvo que el objeto de la acción fue abstracto desde el principio, en razón de que había cumplido en demasía con los planes asistenciales, superando los plazos establecidos por la normativa.

Señaló que lo resuelto le causa un agravio irreparable al no establecer monto ni plazo con relación a la obligación impuesta. Aseguró, también, que los fundamentos de la sentencia devienen contradictorios y se alejan de la interpretación constitucional de la obligación que el GCBA tiene en materia de realización de derecho de vivienda.

Expresó los siguientes agravios: *a*) inexistencia de un acto u omisión lesiva por parte del GCBA, pues la actora ha sido y es asistida desde diferentes programas; *b*) inexistencia de obligación jurídica infringida, ya que la Ciudad había cumplido con su deber de fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda al máximo de los recursos presupuestarios disponibles; *c*) invasión de la zona de reserva de los poderes legislativo y ejecutivo, sustituyendo a la Administración en la planificación y desarrollo de las políticas sociales; *d*) inexistencia de un derecho vulnerado, toda vez que, en su opinión,

los arts. 14 bis, C.N. y 31, CCABA que se refieren al acceso a una vivienda digna son cláusulas declarativas que no otorgan ningún derecho subjetivo y operativo a exigir el cumplimiento de una obligación legal; *e*) el *a quo* pasó por alto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y *f*) el prescindió de la normativa aplicable (fs. 195/211 vuelta).

6. Contestado el traslado, la parte actora solicitó el rechazo de la apelación (fs. 219/230).

7. La Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia apelada en los términos expuestos en el considerando VIII de su pronunciamiento; esto es, que "la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces"; "que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores", y que en caso de que "la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 244/247 vuelta).

8. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 258/275).

Se agravio de que el pronunciamiento es nulo de nulidad absoluta porque: *a*) incurre en arbitrariedad fáctica y sorpresiva toda vez que la Sala dictó una sentencia "ómnibus" donde pretendió resolver diferentes amparos con situaciones de hecho y derecho que a juicio del recurrente son distintas, sin constituir, entonces, una derivación razonada y sustentada en los hechos concretos de cada una de las causas lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido; *b*) realiza una interpretación elusiva de la ley 3706 que, según sostiene,

confirma los principios jurisprudenciales establecidos en la doctrina del TSJ de la que surge que no es función del Poder Judicial de la CABA establecer políticas sociales en materia de emergencia habitacional; *c*) y una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales que tienen relación directa e inmediata con lo decidido, lesionando de forma directa e irremediable la garantía del debido proceso legal adjetivo, el derecho de defensa y el derecho de propiedad; *d*) afecta el principio de legalidad ya que obliga a la Ciudad a hacer más de lo que ordena la norma; *e*) invade la zona de reserva de los poderes legislativo y ejecutivo, y *f*) desconoce la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Mencionó, además, la afectación del principio de congruencia, porque, en su criterio, el decisorio impugnado se excede en el ejercicio de la función judicial toda vez que la normativa aplicable al caso establece topes de ayuda en materia de subsidio habitacional.

Señaló, también, que el fallo le causó un gravamen irreparable al no disponer en su parte resolutive un tope con respecto al monto del subsidio que ordenó otorgar, atentando así contra la ley de presupuesto y desconociendo el fallos del Tribunal Superior *in re* “Alba Quintana”.

9. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad como se relata en el punto 1 (fs. 282/283 vuelta).

10. Requerido su dictamen, el Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia obrante a fs. 244/247 vuelta y reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 289/300).

11. A fs. 305 la jueza Inés M. Weinberg se excusa de intervenir en esta instan-

cia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 244/247 vta).

FUNDAMENTOS:

I) ***Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:***

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) ***Recurso de inconstitucionalidad concedido:***

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. En el *sub lite* se ha planteado una cuestión constitucional que corresponde a este Tribunal resolver: el alcance que cabe acordarle al “derecho a una vivienda digna” (conf., entre otros, los art. 31 de la CCABA, 14 bis de la C.N.).

1.1. La Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, comenzó por tener por acreditada la siguiente situación de hecho: la parte actora es una mujer, de unos 60 años de edad, sin contención familiar, a quien el Ministerio de Salud del GCBA certificó que era discapacitada en tanto padece de “osteoartrosis” en los miembros inferiores y en ambas caderas. Padece, también, dolor lumbar crónico, asma bronquial y debe dializarse de modo periódico, y está, como consecuencia de su discapacidad, en situación de vulnerabilidad socio-económica (conf. fs. 189vuelta y 247 vuelta. La Cámara también destacó que la actora había sido beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06, cuya renovación le fue denegada por el GCBA. En ese orden de ideas, en la sentencia que hizo propia se dice: “...es preciso destacar que de los dichos del amparista y de las constancias que obran en

la causa, surge que no cuent[a] con ingresos suficientes para cubrir el costo de una vivienda y que se encuentra en situación de calle. También se encuentra acreditado en autos que ha sido beneficiari[a] de un subsidio habitacional y que su renovación le ha sido denegada en sede administrativa pues, a criterio de la dependencia del Gobierno interviniente, ‘según la legislación no es viable’ volver a concederlo (conf. fs.57)” (conf. fs. 189vuelta). Ese cuadro fáctico no viene cuestionado por el GCBA.

A la luz de esa situación de hecho, el *a quo* entendió que el art. 31 de la CCABA, el PIDESyC, la ley 3706 y la doctrina de este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12 de mayo de 2010, y la de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y., c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012, le acuerdan a la aquí actora el derecho a que el GCBA “...[e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso” (conf. fs. 247). A ello agregó que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho” (conf. fs. 247vuelta).

1.2. Por su parte, el GCBA, en el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido, sostiene que ni de la CCABA, ni de las normas federales (los arts. 14 bis de la C.N. y 2 del PIDESyC) nace un derecho individual exigible para continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente (conf. fs. 271/274). A ello agregó: “[ese] precepto constitucional [el art. 31 de la CCABA] obliga al Estado a impulsar políticas públicas que permitan a los sectores sociales más necesitados ac-

ceder a una vivienda, empezando por las poblaciones más indigentes. Pero nunca estuvo en mira de ningún constituyente establecer que las personas individualmente consideradas tengan un derecho de exigencia individual...” (conf. fs. 271vuelta).

2. Con carácter previo a analizar la cuestión descripta, hay dos reglas que recordar.

La primera. Las alegaciones de las partes no limitan al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. *mutatis mutandis Fallos*, 308:647; 307:1457; 329:2876 y 3666, entre otros).

La segunda. Las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos*, 311:787; 310,112; 315, 2074; 318, 342, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

Reglas generales acerca del derecho a la vivienda

3. *Uno.* El derecho a una vivienda digna, que reconoce el art. 31 de la CCABA, es operativo (conf. el punto 5.1. del voto conjunto de los jueces Conde y Lozano *in re* “Alba Quintana”, ya citado, y el considerando 10° de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”, *Fallos*, 335:452).

3.1. *Dos.* La reglamentación de ese derecho corresponde primariamente al Poder Legislativo, como expositor de la voluntad general y encargado de reglamentar los derechos acordados por la Constitución sin alterar su espíritu. El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada uno con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a esta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno (conf. voto conjunto de los

jueces Conde y Lozano). "...[L]as obligaciones deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, sin que ello signifique que la Administración no deba contribuir al cumplimiento —art. 2º (1) del Pacto y punto 3 del OG3— pero, cada poder dentro de la función que le incumbe. Son razones esenciales, para esta prelación de las medidas legislativas, la necesidad de garantizar la igualdad en la distribución de los beneficios [...] y la circunstancia de que la obtención de los recursos y su asignación es una base esencial para el cumplimiento" (conf. el punto 5.1 de "Alba Quintana", conf., también, el cons. 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y.")

3.2. *Tres*. El derecho no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. Los estados, locales y el Nacional (retomamos esta cuestión en el punto 15 de este voto), tienen que realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,¹⁵² punto 11 del mencionado voto conjunto y último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y."). En ese orden de ideas, la CSJN señaló "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial".

Marco legal en la CABA

4. Al día de la fecha no existe una ley que, cumpliendo con la manda del art.

31 de la CCABA, hubiera reglamentado el derecho a la vivienda en términos tales que se pueda conocer, con toda precisión, cuáles son las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA). No obstante ello, varias son las leyes que se han dictado al respecto desde el pronunciamiento de este Tribunal *in re* "Alba Quintana", ya citado.

5. La ley 3706, sobre cuya base la Cámara resolvió, no reglamenta el derecho a la vivienda. En efecto, entre los "deberes" que pone a cargo de la Ciudad frente a las personas que están en situación de calle, o en riesgo de estarlo (situaciones que vienen definidas por el art. 2º de la ley), no está previsto un mecanismo para resolver la situación habitacional de esas personas. Obsérvese que el inc. c. del art. 4º de la ley es el único que menciona a la "vivienda", pero no lo hace para reconocer ese derecho. Pone a cargo del GCBA "[I] a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...", cuyo contenido, o destinatarios, tampoco define.

La ley 3706, en lo que aquí importa, define quiénes están en situación de "emergencia habitacional", es decir, en situación de calle o en riesgo de estarlo (conf. el art. 2º de la ley). De esa definición surge, a su vez, que la "...red de alojamiento nocturno..." no constituye un medio para atender el derecho que consagra el art. 31 de la CCABA. Allí expresamente se dice que "...se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que *utilicen o no la red de alojamiento nocturno*" (conf. el inc. a del art. 2º

¹⁵² Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

de la ley 3706). Es decir, el Legislador ha entendido que los paradores nocturnos no constituyen un modo suficiente de atender el derecho a la vivienda.

6. La ley 4036 tiene como objeto, conf. su art. 1º, la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, y contempla 3 especies de “prestaciones” con las que el estado puede atender esos derechos: económicas, técnicas y materiales. El art. 5º define a esas prestaciones del siguiente modo:

“Son prestaciones económicas aquellas entregas dinerarias de carácter no retributivo, intransferible e inembargable destinadas a los ciudadanos a fin de paliar situaciones transitorias de necesidad o garantizar el acceso a condiciones dignas de vida.

Son prestaciones técnicas los actos profesionales de asesoramiento, acompañamiento y evaluación técnica destinados a atender las necesidades de los ciudadanos.

Son prestaciones materiales aquellas en las que se otorguen servicios en especies para paliar las situaciones de emergencia de los sectores de población afectados” (el destacado no pertenece al original).

En materia habitacional reconoce dos derechos distintos:

- i) uno genérico a todos los derechos sociales: la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad a aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno...” (conf. los arts. 1º y 6º de la ley), universo en el que, adelantamos, el art. 3º de la ley 4042 pone como prioritarios a los grupos familiares

con niñas, niños y adolescentes, y

- ii) el derecho a “un alojamiento” a los adultos mayores de 60 años en “situación de vulnerabilidad social” (conf. el art. 18) y a las personas discapacitadas, también, en “situación de vulnerabilidad social” (conf. inc. 3º, del art. 25).

Vale destacar que el derecho a un alojamiento que acuerda la ley no consiste en el derecho a obtener la posesión de un inmueble. El derecho es a ser alojado (conf. los arts. 18 y 25 de la ley). La Real Academia Española define al verbo “alojar”, en su primera acepción, como: “hospedar o aposentar”¹⁵³. “[H]ospedar” significa “[r]ecibir huéspedes, darles alojamiento”; y “aposentar”: “[d]ar habitación y hospedaje”. Como se puede observar el derecho no es uno de propiedad, sino el de ser cobijado en las condiciones que manda la ley.

Así el Legislador ha decidido asistir de manera, en principio, permanente, a quien está en una situación de vulnerabilidad que presumiblemente se va a ir profundizando (quien es de avanzada edad, será mayor aun, y las discapacidades rara vez se curan, en todo caso se superan). En cambio, optó por darle prioridad en el acceso a las políticas sociales que el PE establezca a quienes están en una situación que puede ser caracterizada, en principio, como de vulnerabilidad “temporal”.

Con carácter previo a analizar esos dos derechos, repasemos los dos requisitos “comunes” a cuya concurrencia los sujeta la ley, el primero (a) que hace a la vinculación que la persona tiene que tener con la Ciudad y el segundo (b) con la situación en que esa persona se encuentra.

a) *Anclaje con la Ciudad.*

7. Primeramente, las personas deben ser “ciudadanos” de la CABA (conf. el art.

¹⁵³ Conf. www.rae.es.

1 de la ley) o extranjeros que cumplan con los requisitos que indica el art. 3.

Ciudadanos:

7.1. El art. 1° dice "...[l]a presente Ley tiene por objeto la protección integral de los Derechos Sociales *para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*" (el destacado no pertenece al original).

7.2. La idea de Ciudadanía se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de ejercer los derechos políticos, en particular, el derecho al voto dentro de la comunidad de que se trate. En ese orden de ideas, la RAE define a la voz "ciudadano" —utilizada como sustantivo— como al "[h]abitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos *como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejerciéndolos, en el gobierno del país*" (el destacado no pertenece al original). En línea con ello, el art. 62 de la CCABA dice que "[e]l 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*" (el destacado no pertenece al original).

En ese marco, la locución "Ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires", empleada por la ley 4036, denota, en una interpretación vinculada con su propósito solidario, a todas aquellas personas que están o pueden estar empadronadas en la CABA, es decir, quienes deben o pueden votar a las autoridades de la Ciudad. Ciertamente habla de quienes son ciudadanos y no de quienes pueden serlo, pero, esta diferencia reza solamente para los extranjeros, y es claro que la ley 4036 persigue un propósito solidario y no estimular a que los extranjeros voten. Acceder al derecho a votar no puede convertirse en una carga para obtener un derecho social. Si lo fuera, estaríamos en un escenario de influencia.

Ese anclaje, el de estar empadronado en la CABA, entre otras, constituye un modo de distribuir obligaciones que pesan sobre todos los estados locales por igual. Quien está empadronado en una jurisdicción, por regla, no lo puede estar al mismo tiempo en otra. De esa manera, cada ciudadano argentino está en condiciones de reclamar la asistencia social que entienda tiene derecho a recibir al estado en cuya comunidad política participa, o está en condiciones de participar.

Extranjeros:

7.3. A ese universo de beneficiarios hay que agregar, como adelantamos, a los extranjeros. El art. 3° dice: "[l]os extranjeros residentes en la Ciudad que cumplan con los requisitos establecidos por las legislación nacional y la local y con las determinadas por la presente Ley a tal fin podrán acceder a las políticas sociales instituidas por esta norma".

No cabe interpretar que esa norma ha puesto a los extranjeros en una situación más beneficiosa a los ciudadanos de la CABA, sino, en todo caso, en una idéntica (conf. el art. 16 de la C.N.).

De ahí que si constituye un requisito para los ciudadanos argentinos estar empadronados en la CABA, los extranjeros que aspiran le sean acordados iguales beneficios deben cumplir con los requisitos que exige la ley 334 para estar empadronados en la CABA. Reiteramos, con lo que se debe cumplir es con los requisitos para estar empadronados, no se requiere estar empadronados. Ello es así, porque, nuevamente, la ley 4036 persigue un propósito solidario y no estimular a que los extranjeros voten.

En particular, deben cumplir con las previsiones del art. 2° de la ley 334; cuyo texto dice:

"Art. 2° — Los extranjeros y las extranjeras desde los dieciséis (16) años de edad cumplidos están habilitados para votar en los actos electorales convocados en el mar-

co de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previa inscripción voluntaria en el Registro de Electoras/es Extranjeras/os creado por esta ley cumpliendo con los siguientes requisitos: (*Conforme texto Art. 2° de la ley 4.515, BOCBA n° 4162 del 28/5/2013*)

- a) Tener la calidad de “residente permanente” en el país en los términos de la legislación de migraciones.
- b) Poseer Documento Nacional de Identidad de Extranjera o Extranjero.
- c) Acreditar tres (3) años de residencia en la Ciudad de Buenos Aires y tener registrado en el Documento Nacional de Identidad de Extranjera o Extranjero su último domicilio real en la ciudad.
- d) No estar incurso en las inhabilidades que establece el Código Electoral Nacional”.

b) Situación de vulnerabilidad

8. Ambos derechos, el de a un alojamiento como el de acceso a las políticas sociales que brinda el GCBA, están dirigidos a tutelar a personas que estén en “estado de vulnerabilidad social”.

8.1. El art. 6° de la ley define a la “vulnerabilidad social” como: “...la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.// Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”. La generalidad con que en la ley ha sido definida la “vulnerabilidad social” no es casual. Esa definición busca abarcar escenarios diversos en los cuales las cir-

cunstancias que llevaron a la persona a encontrarse en esa situación pueden tener, también, orígenes en causas muy diversas.

Ello se debe a que la ley, recordemos, tiene por objeto la atención “integral” de los derechos sociales; razón por la cual la vulnerabilidad a que se refiere el citado artículo tiene en mira atender distintas situaciones, todas aquellas que puedan dar lugar a la vulneración de derechos sociales. Dicho de un modo más directo, una persona bien puede estar en situación de “vulnerabilidad social” frente al ejercicio de uno o varios derechos, empero no de otros o de todos. Acudimos a un ejemplo para explicar el punto. En el caso de una persona que padece HIV, que cuenta con contención familiar (vive con sus progenitores), que es discriminada laboralmente con motivo de su enfermedad, no es vulnerable desde el ángulo habitacional, sino frente al derecho a no ser discriminado.

En línea con ello, la ley distingue situaciones asignándoles soluciones específicas. Por ejemplo, en el caso de los adultos mayores que no pueden valerse por sí, distingue que tengan, o no, un lugar donde vivir. En el primer caso, impone al GCBA “[f]acilitar el mantenimiento de la persona mayor en su medio...” (conf. el art. 17, inc. 1°); y en el segundo, la obligación del Estado consiste en “asegurar” el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria (conf. el art. 18 de la ley).

En suma, la obligación estatal varía según cuál sea la situación de vulnerabilidad acreditada.

8.2. Para el caso del derecho a la vivienda la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consiste en la dificultad de hacerse de recursos que permita conseguir, o permanecer, en un lugar donde vivir, es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706. Esa imposibilidad puede encontrar diversos orígenes y, consecuentemente, duración. En este orden de ideas, el párr. 2° del art. 6 transcripto *supra* señala diversas razones por las cuales una persona

puede encontrar dificultades para ejercer sus derechos: edad, género, estado físico, circunstancias sociales, económicas, etc.

Establecer cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia es una cuestión que, conf. el art. 6° de la ley 4036 y las cuestiones reseñadas, depende de la valoración de extremos de hecho y prueba que corresponde, como principio, primeramente a la Administración evaluar, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa dé lugar a una acción judicial, al juez. En ese orden ideas, por ejemplo, hay elementos como comenzar por descartar que quien peticona la asistencia del estado cuente con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Cód. Civil, tenga derecho a requerirle “alimentos”, que deben ser analizados. Recordemos que el art. 372 del Cód. Civil dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades” (el destacado no pertenece al original).

A esos dos requisitos, la ley suma otros en el supuesto en que la prestación sea de tipo “económica”.

9. Tanto los ciudadanos de la CABA, como extranjeros, tienen que cumplir, para percibir “prestaciones económicas” (conf. el punto 6 de este voto), con los requisitos que dispone el art. 7° de la ley, a saber:

- a) “Presentar documento de identidad argentino, cédula de identidad; excepcionalmente en el caso de extranjeros podrá presentar la residencia precaria.
- b) Presentar certificación domiciliaria emitida por autoridad competente o referencia administrativa postal (RAP) en el caso de personas en situación de calle.
- c) Tener residencia en la Ciudad no menor a dos años.
- d) Ser mayor de 18 años de edad

- e) Encontrarse inscripto en el RUB —Registro Único de Beneficiarios—; hasta tanto se produzca efectivamente la inscripción podrán acceder a los beneficios que determine la autoridad de aplicación.
- f) Presentar Código Único de Identificación Laboral (CUIL)
- g) Presentar Certificado de Discapacidad en los casos que corresponda.

La autoridad de aplicación en casos de emergencia y/o situaciones particulares, podrá exceptuar el cumplimiento de alguno/s de los requisitos mínimos cuando lo considere pertinente mediante decisión fundada”.

9.1. Esos requisitos deben ser leídos en convivencia con los señalados anteriormente que hacen al anclaje que tanto extranjeros como ciudadanos tienen que tener en la Ciudad. Interpretar que estos requisitos eliminan los anteriormente mencionados, pondría a un artículo, el 7, en contraposición a lo que prevén el 1 y el 3, conclusión a lo que no le es dable al intérprete arribar (conf. doctrina de las sentencias publicadas en *Fallos*, 329:5826, y sus citas, entre mucho otros).

Así las cosas:

Inc. a). Tal como quedó dicho *supra*, la regla es que para ser elector en la Ciudad, los extranjeros tienen que tener la calidad de “residentes permanentes” (ver el punto 7.3 de este voto). Excepcionalmente, los extranjeros pueden cumplir con los requisitos presentando la residencia precaria, pero, como toda excepción a la regla general, la autoridad de aplicación es quien, en ejercicio de las facultades que le acuerda el último párrafo del art. 7, tiene que establecer cuándo se da ese supuesto excepcional; no el juez, quien carece de competencia para ello.

Inc. b). La obligación de presentar certificación domiciliaria o la Referencia Administrativa Postal (conf. el art. 9 de la ley 3706) no dispensa de cumplir con las

reglas para estar empadronado, aunque esto último, estar empadronado, no sea un requisito en el caso de los extranjeros.

Inc. c). La norma establece una residencia mínima en la Ciudad para acceder a los beneficios económicos, 2 años. Es decir, nada impide que la residencia, producto de lo previsto en otras normas, no deba ser mayor, circunstancia que se da en el caso de los extranjeros. En efecto, los Ciudadanos argentinos no solo deben acreditar estar en el padrón, sino, también, haber residido en la Ciudad no menos de 2 años; en cambio, los extranjeros, con arreglo a lo previsto en la ley 334, tienen que acreditar una residencia de 3 años (conf. la ley 334).

Finalmente, los incs. d), e), f) y g), agregan a los ya mencionados otros 4 requisitos: ser mayor de 18, estar inscripto en el RUA (conf. el decreto 904/01), presentar el CUIL y, en los casos que corresponda, certificado de discapacidad.

Derecho a un alojamiento

10. Tal como adelantamos en el punto 6 de este voto, tienen derecho a un alojamiento (conf. la ley 4036) "...aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad social" (conf. el inc. 3º del art. 25 de la ley 4036) y "...los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social..." (conf. el art. 18 de la ley).

10.1. La "situación de vulnerabilidad social" frente al derecho a la vivienda (conf. el punto 8 a 8.2 de este voto) se requiere en ambos casos. Pero, el Legislador ha entendido que cuando esa situación viene acompañada por una discapacidad (conf. el art. 23 de la ley) o una edad avanzada, más de 60 años, se impone una tutela especial.

Personas discapacitadas

11. La ley no se refiere a cualquier "discapacidad".

La definición de qué se entiende por personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad viene dada por el art. 23 de

la ley en los siguientes términos: "[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestas a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión".

Como se puede observar la mera presentación de un certificado de discapacidad no basta para acreditar la "discapacidad" a que se refiere la ley, ni la definición transcrita excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23. Agrega el Legislador que no basta con que se trate de una persona que padezca alguna de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales, sino que para quedar incluidas en el grupo beneficiado es preciso que se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono.

11.1. Además, no hay que perder de vista que la ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. El art. 22 dice: "[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447".

A tales fines se prevé que el GCBA "...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social" (conf. el art. 25 de la ley); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de con-

tención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral (conf. art. 25, especialmente incs. 4 y 6).

En suma, la asistencia a la persona discapacitada es integral. Esa asistencia debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si la persona discapacitada es un menor, la solución integral no puede llevar a la separación del grupo familiar (conf. el art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio 6° de la Declaración de los Derechos del Niño).

Adultos Mayores

12. Respecto de este grupo, tal como se adelantó *supra*, el art. 18 de la ley dice: “[e]n caso de los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social, la autoridad de aplicación deberá asegurarles el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria a tal fin podrá destinar entregas dinerarias o disponer de otro mecanismo” (el destacado no pertenece al original).

Esta regla, también como se dijo más arriba, debe ser leída junto con el inc. 1 del art. 17 de la ley 4036. El principio general lo establece esta segunda norma. Si la persona mayor tiene hogar propio o vive en uno familiar, el GCBA debe facilitarle su permanencia “en su medio” (conf. el inc. 1 del art. 17). Solo en el supuesto en que la persona mayor esté en situación de calle o en riesgo de estarlo opera el art. 18 transcrito en el párrafo que antecede.

Derecho a un acceso prioritario

13. El acceso prioritario que establece la ley es a las políticas sociales que brinda el GCBA.

¿Quiénes tienen acceso prioritario?

Las personas que se encuentren en “estado de vulnerabilidad social” (conf. los arts. 1° y 6° de la ley 4032) y no sean discapacitados (conf. los arts. 22, 23 y 25 de la ley 4032) ni mayores de 60 años (conf. el art. 18 de la ley), puesto que estos dos últimos

grupos, como quedó dicho más arriba, no tienen reconocida una prioridad en el acceso a las políticas sociales, sino un derecho a un alojamiento que le acuerda la ley.

A su vez, dentro del universo de personas en “estado de vulnerabilidad social”, la ley 4042 prioriza en el acceso a los programas de vivienda o hábitat a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes. En palabras de la ley: “[e]n todos los programas de vivienda o hábitat que se ejecuten con intervención del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá otorgarse prioridad a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de los demás criterios que establezcan las normas específicas” (conf. el art. 3° de la ley 4042).

13.1. Así las cosas, dentro del universo de personas en situación de vulnerabilidad social el Legislador ha hecho la siguiente distinción: i) personas mayores y discapacitadas, tienen, entre otros, derecho a un alojamiento; y, ii) el resto de las personas en esa situación tienen acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA, pero dentro de este segundo grupo están en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as.

13.2. En materia habitacional, para los casos que nos ocupan, la política social del GCBA consiste, principalmente, en la entrega de sumas dinerarias. Así, el dec. 690/06, modificado por los decs. 960/08, 167/11 y 239/13, crea un “subsidio habitacional”, cuyo monto y forma de pago fue definido por el último de los decretos reseñados, el 239/13.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Textualmente el dec. 239/13 dice: “**Artículo 1°** — Sustitúyese el art. 5° del dec. 690/06, modificado por los decs. 960/08 y 167/11, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Establécese el monto del subsidio a otorgar en una suma total de hasta diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800), abonado en un máximo de seis (6) cuotas mensuales y consecutivas de hasta un mil ochocientos pesos (\$ 1.800) cada una. Dependiendo de cada caso particular, y si

13.3. Conforme las reglas sentadas en los puntos 3 a 3.2. de este voto, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler. Recordemos que la obligación de los estados es a realizar sus mayores esfuerzos. Al respecto este Tribunal tiene di-

la situación de vulnerabilidad social del beneficiario así lo amerita, la Autoridad de Aplicación podrá extender el presente subsidio y otorgar una suma adicional de hasta siete mil doscientos pesos (\$ 7.200), pagadera en un máximo de cuatro (4) cuotas mensuales adicionales de hasta mil ochocientos pesos (\$ 1.800) cada una. Alternativamente, la Autoridad de Aplicación podrá disponer el pago del subsidio en una sola cuota por el monto total previsto de diez mil ochocientos pesos (\$ 10.800) en los casos en que el beneficiario, al momento de ingreso al Programa, acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva y concreta y ejerza la opción requiriendo dicho pago único. La opción del beneficiario a percibir el subsidio alternativo por salida definitiva en una cuota es excluyente de la percepción de toda otra suma dispuesta en el presente decreto.”

Art. 2° — *Disposición transitoria:* Dispónese que para el caso de beneficiarios que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto se encontraren percibiendo alguna de las primeras seis (6) cuotas del subsidio habitacional establecido por el dec. 690/06 y sus modificatorios, la Autoridad de Aplicación estará facultada para aumentar el monto de las cuotas adicionales de acuerdo a las sumas fijadas en el art. 5° del dec. 690/06 modificado por los decs. 960/08, 167/11 y por lo establecido en el art. 1° del presente, para aquellos casos en que la situación particular del beneficiario así lo amerite.

Art. 3° — El presente decreto es refrendado por la señora Ministra de Desarrollo Social, el señor Ministro de Hacienda y el señor Jefe de Gabinete de Ministros.

Art. 4° — Dese al Registro, publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, y para su conocimiento y demás efectos, pase a los Ministerios de Hacienda y de Desarrollo Social. Cumplido, archívese”.

cho que “[l]os recursos disponibles limitan aun la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDESyC. De todos modos, no es menos cierto que el párr. 1° del art. 2° del tratado obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’, por tanto, para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones” (conf. “Alba Quintana”, voto de los Dres. Conde y Lozano).

13.4. Ahora bien, los decretos reseñados no establecen reglas para la distribución del beneficio que se ajusten a los parámetros en la distribución que establece la ley 4036 (conf. el art. 11° del dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08). Es más, deja librado a la Autoridad de Aplicación el establecimiento de los montos a otorgar a los grupos beneficiarios de acuerdo a la composición de los grupos familiares y al índice de vulnerabilidad que establezcan (art. 7°, conf. art. 3° del dec. 167/11). Textualmente el artículo dice: “[d]ispónese que la Autoridad de Aplicación deberá fijar por vía reglamentaria la escala de montos a otorgar a los grupos beneficiarios, de acuerdo con la composición de los grupos familiares y al índice de vulnerabilidad que establezca”.

En ese marco, los parámetros fijados por el PE siguen guardando la falta de claridad que destacamos *in re* “Alba Quintana” (conf. el punto 12 de nuestro voto).

13.5. Si bien ello no torna inconstitucional al decreto, atento que nada impide que el PE extienda el derecho reconocido en la ley, sí permite presumir que los subsidios no son distribuidos de la manera que ordenó el Legislador, es decir, atendiendo las prioridades que establece el art. 31 de la CCABA, que reglamenta, en parte, la ley 4036.

De ahí que, mientras se mantenga ese sistema, salvo que el GCBA acredite, a fin de desvirtuar la mencionada presunción, que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida, el juez está en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes 4036 y 4042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes. Ello así, porque con esa decisión lo único que vendría a hacer es a reponer las prioridades fijadas por el Legislador que, como dijimos, se pueden presumir no respetadas.

Así, resulta enteramente aplicable lo dicho por este Tribunal respecto a que los jueces deben constatar que, por un lado, la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, estén dirigidos, en primera medida, a atender a las familias o personas que padezcan necesidades de las contempladas en la CCABA y, por el otro, que las medidas de distribución adoptadas resguarden la garantía de igualdad [conf. TSJ en ‘B., M. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’], expte. n° 4757/06, sentencia de este Tribunal del 25 de abril de 2007].

14. En suma, los alcances del derecho a la vivienda reseñados *supra* surgen todos de la ley y pueden ser resumidos del siguiente modo:

- La ley 3706 define qué personas están en “emergencia habitacional”, empero no reglamenta el derecho a una vivienda digna (conf. el punto 5 de este voto).
- La ley 4036, en materia habitacional, acuerda dos derechos distintos: a) prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el GCBA, y b) a “un alojamiento” (conf. el punto 6 de este voto).
- Los dos requisitos “comunes o generales” que deben cumplir quienes pretendan acceder a esos derechos son: 1) ser ciudadano/a de la Ciudad o en el caso de los extranjeros cumplir con los requisitos para estar empadronado en la Ciudad (conf. los puntos 7.1 a 7.3 de este voto), y 2) estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, a que se refiere el art. 2° de la ley 3706 (conf. los puntos 8 a 8.2 de este voto).
- Si la prestación es de índole económica además se deben cumplir con los requisitos del art. 7° de la ley (conf. los puntos 9 y 9.1 de este voto).
- Ahora bien, para acceder al derecho a “un alojamiento” la ley agrega que la persona debe ser discapacitada (conf. la definición del art. 23 de la ley 4036, ver los puntos 11 y 11.1 de este voto) o mayor de 60 años (conf. el art. 18 de la ley, ver el punto 12 de este voto).
- Las personas que no cumplen con alguno de esos dos requisitos, pero sí con los “comunes o generales”, tienen derecho a un acceso prioritario a las políticas sociales que instrumente el GCBA; dentro de este segundo grupo la ley 4042 pone en una situación privilegiada los grupos familiares con niños/as (conf. los puntos 13 a 13.1 de este voto).
- Finalmente, como las políticas actuales del GCBA en materia habitacional no establecen reglas para la distribución de los beneficios que se ajusten a los parámetros en la distribución que establece la ley 4036, los jueces pueden presumir que el

GCBA aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio y, por ende, ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes 4036 y 4042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes (conf. los puntos 13 a 13.5 de este voto).

Obligaciones concurrentes:

15. No hay que soslayar que las obligaciones que aquí se imputan al GCBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales (conf. los arts. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 7º, aps. 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y 3º de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad).

En el art. 28 de la CADH —Pacto de San José de Costa Rica del 22/9/1969— se estableció que “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”. Esta previsión coincide con los contenidos incorporados a la Constitución Nacional. El estado federal puede asumir compromisos, pero, trasladarlos a los estados federados requiere que la constitución que lo organiza le dé atribuciones que posibiliten hacerlo. Ciertamente, el estado federal no

puede disponer de los presupuestos locales. A su turno, el art. 10 de la CCABA asume los compromisos internacionales, pero, ni sustituye al estado federal en su cumplimiento ni podría hacerlo.

En este orden de ideas, la CSJN sostuvo que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (conf. doctrina de la CSJN *Fallos*, 321:1684; 323:1339; 331:2135, entre otros). En esa línea, hay que recordar que la propia CSJN ha dicho en el precedente Q.C., S.Y. que es tarea del Congreso reglamentar el derecho a la vivienda (conf. el Considerando 11 Q.C., S.Y.).

En ese marco, si bien no ha sido citado el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad.

Características de la sentencia

16. Finalmente, hay que señalar que las sentencias que se dictan en los procesos en los que se persigue una solución habitacional causan estado solo con relación a aquellas cuestiones que se mantienen inalteradas (v. gr., la declaración de que una persona es un adulto mayor según los parámetros de la ley). Pero, existen cuestiones que no quedan resueltas de un modo definitivo allí. Por ejemplo, la situación de vulnerabilidad social constatada, de cuya subsistencia depende el mantenimiento de la condena.

A quien la ley identifica como obligado a brindar las políticas sociales a las que allí se hace mención (entre las que se encuentra la de dar alojamiento a las personas mayores o discapacitadas) es al GCBA. En ese marco, el Legislador ha establecido a esas funciones como administrativas. Esa circunstancia debe ser tenida en cuen-

ta por los jueces al tiempo de resolver los pleitos que son puestos a su consideración para no invadir competencia que el Legislador ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno, el PE. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que se pronuncie al respecto.

Aplicación de las reglas que anteceden al caso

17. En el *sub lite*, tal como quedó dicho más arriba, no se debate que la parte actora es una mujer, mayor de 60 años, y que padece una discapacidad que le impide superar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra (conf. el punto 1.1. de este voto), está en situación de calle (conf. la ley 3706), y carece de contención familiar. Tampoco está debatida la vinculación, o anclaje, que tiene la accionante con la Ciudad.

En ese marco, la parte actora tienen derecho a que el GCBA le brinde un alojamiento (conf. el art. 18 y el inc. 3º, del art. 25, de la ley 4036).

18. No obstante ello, asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes. Si bien la condena le da ocasión para que diga cómo se va atender el derecho que le asiste a la accionante, lo cierto es que lo hace en términos tales que termina invadiendo facultades privativas del GCBA, por ejemplo, en cuanto dice que si se "...decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...".

Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende, como dijimos, del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido

ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda de la aquí actora (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta si la situación de hecho de la aquí actora (conf. el art. 18 y el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036) resulta compatible con la CCABA. Vale destacar que la solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones (mujer sola, mayor, con discapacidad motriz y enfermedades graves). Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Por lo demás, como toda decisión posterior a la sentencia definitiva, la solución que definitivamente se adopte no podrá apartarse de la definitiva, y si lo hace, podrá la parte que se estime agraviada acudir a los recursos que el ordenamiento procesal le acuerda, incluso al recurso ante este Tribunal. Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia en cuanto dispone que el GCBA "...[e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso" (conf. fs. 247 y 247 vuelta); y, condenar al GCBA a brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia a cuyo fin deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La sentencia resistida mediante el recurso de inconstitucionalidad encontró apoyo en la interpretación que los jueces de la causa efectuaron respecto del *derecho a una vivienda digna* para el caso concreto de una *persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad social*, a partir

de los preceptos de las *Constituciones Nacional y Local* y del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; por lo que es posible concluir que en autos se encuentra configurado un *caso constitucional* que habilita la intervención de este Estrado.

2. En lo que aquí interesa, y sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, en aquel decisorio la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia apelada en los términos expuestos en el considerando VIII de su pronunciamiento; esto es, que “la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces”; “que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores” y que en caso que “la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones” (fs. 244/247 vuelta).

Por su parte, los agravios de la parte demandada se orientan a señalar que el decisorio impugnado se apartaría de las normas vigentes en la materia, como así también desconocería la jurisprudencia sentada por este Estrado en la materia.

No se encuentra controvertido, en cambio, que la actora es una persona con *discapacidad* motora de carácter permanente que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (fs. 189/192), en la medida que ninguno de esos aspectos fue cuestionado por el GCBA al apelar la sentencia de primera instancia.

Ello sentado, corresponde abordar nuevamente en esta sentencia el desafío que representa la problemática vinculada

a la exigibilidad y extensión de los derechos económicos, sociales y culturales; puntualmente, a la operatividad del *derecho a la vivienda digna* de cara a las circunstancias particulares que presenta el caso *sub examine*. Solo resta recordar, de manera preliminar, que las alegaciones de las partes no limitarán al Tribunal en cuanto al establecimiento de la inteligencia que cabe atribuir a los preceptos constitucionales en juego (conf. doctrina de *Fallos*, 308:647; 329:2876 y 3666, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. En lo que aquí interesa, importa señalar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que, si bien las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* poseen “vocación de efectividad”, estas “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” (conf. cons 11º de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452).

A este respecto, el máximo tribunal federal sostuvo que la implementación de este derecho “*requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación*”. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competen-

cias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. *Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno*” (conf. cons. 11° de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”; el destacado en negrita no obra en el texto).

Es que, en definitiva, en esta materia las normas no imponen una obligación de resultado, sino de medios. En este sentido, el Estado Nacional y los estados locales, deben realizar sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho a la vivienda digna y al hábitat adecuado (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC¹⁵⁵) destinando de manera *razonable* los recursos públicos; esto es, resguardando la tutela especial o prioritaria que consagran diversos instrumentos internacionales, como también la Constitución Nacional y local a diversos individuos (como niños, niñas y adolescentes; ancianos; personas con discapacidad, etc.) y procurando conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (considerando 12 de la aludida sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Q.C., S.Y.”).

4. En línea con lo expuesto precedentemente, estimo oportuno agregar algunas consideraciones generales.

Estoy convencido que la Argentina ha adscripto a un modelo de *Estado Cons-*

titucional, Social y Democrático de Derecho, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2°, tercer párrafo*, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8°* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el tercer párrafo del *inc. 2°* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de ... las personas con discapacidad*.

Sin embargo, de ello no cabe colegir que pueda darse satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes, como en el caso, los reclaman de las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —se trate de residentes o no residentes en la jurisdicción, nacionales o extranjeros.

¹⁵⁵ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PIDESC, el destacado en negrita no obra en el texto original).

Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1° de enero de 2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina—,¹⁵⁶ se convierten en una concreta limitante para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

Así pues, consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos—, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas propuestas formuladas e intentos que pretendieron concretar los también dispares y contra-

puestos regímenes políticos o sistemas económicos.

En razón de lo expuesto es que corresponde erogar la mayor cantidad de recursos públicos disponibles de manera *razonable*; como se señalara, otorgando prioridad en el acceso a los beneficios a aquellos que las normas asignen como destinatarios de una tutela especial y conjurando los supuestos en los que se verifica una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

Ello así, pues —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— se torna imperativo entender que dentro de “los desafíos del mundo actual” se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el

¹⁵⁶ Véase CASÁS, José O.: “La Insuficiencia Financiera Estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las Provincias Argentinas, en un marco general de debilitamiento del Federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

“bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24 de noviembre de 2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

5. En lo que respecta al ámbito local, este Tribunal ya ha expresado que la reglamentación de ese derecho corresponde primariamente al Poder Legislativo, como expresión de la voluntad general y encargado de reglamentar los derechos acordados por la Constitución, y que poseen vocación de efectividad, sin alterar su espíritu.

El plan de gobierno surge de la labor parlamentaria en la que conviven, cada una con competencias propias, tanto la rama legislativa como la ejecutiva, y a esta última le corresponde, por regla, ejecutar, dentro del margen que la ley le acuerde, las políticas públicas decididas por el Legislador (conf. este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCABA y Otros s/Amparo (art. 14, CCABA) s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, —voto conjunto de los Dres. Conde, Lozano y voto del Dr. Casás— en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss.).

Así fue como en aquel precedente se sostuvo que los programas de subsidios habitacionales no constituían la política nuclear a la que hacía referencia el art. 31 de la CCABA sino que se traducían en un paliativo transitorio para mitigar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos.

Ahora bien, con posterioridad al aludido precedente de este Tribunal, el Poder

Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social. Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador en lo que respecta a las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), tienen gravitación sobre la problemática del *sub examine*.

Por su parte, en tanto han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06; 960/08; 167/11; y su actualización por dec. 239/2013—; por lo que, en consecuencia, lo aquí se resuelva no importará, forzosamente, dejar de lado el criterio enunciado por este Tribunal en el caso “Alba Quintana” y similares, con el alcance que debe ser leído después del precedente “Q.C.S.Y.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6. En primer lugar, cabe mencionar a la ley 3706, que contiene algunas previsiones de relevancia. Es que, si bien la norma legal no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle, o en riesgo de estarlo (situaciones que viene definidas por el art. 2° de la ley) —sino que solo pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...”, cuyo contenido, o destinatarios tampoco precisa— en lo que aquí importa, define quiénes están en situación de “emergencia habitacional”, es decir, en situación de calle o en riesgo de estarlo (conf. el art. 2° de la ley).

Allí expresamente se dice que “...se consideran personas en situación de calle

a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (conf. el inc. a del art. 2º de la ley 3706).

7. Por su parte, la ley 4036 parece orientarse a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas. A su turno, contempla tres especies de “prestaciones” con las que el Estado puede atender esos derechos: económicas, técnicas y materiales.

En particular, obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada, según las características de los sujetos en situación de vulnerabilidad destinatarios de aquellas políticas (por ejemplo: personas con discapacidad, adultos mayores de 60 años, mujeres, niños, niñas y adolescentes) y según los derechos en juego.

A su vez, es posible advertir dos requisitos comunes a cuya concurrencia la ley sujeta el otorgamiento de las prestaciones. En primer lugar, se exige cierta *vinculación de la persona beneficiaria con la Ciudad* y, en segundo término, debe verificarse una *situación de vulnerabilidad social*.

En lo que a la primera cuestión concierne, la ley define que los beneficiarios deben ser “ciudadanos” de la CABA (conf. el art. 1º de la ley 4036) o extranjeros que cumplan con los requisitos que indica el art. 3º de la misma norma.

Como sostienen mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano, la idea de “ciudadanía” se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de ejercer los derechos políticos, en particular, el derecho

al voto dentro de la comunidad de que se trate. Y ese anclaje, el de estar empadronado en la CABA, entre otras, constituye un modo de distribuir obligaciones que pesan sobre todos los estados locales por igual. Quien está empadronado en una jurisdicción, por regla, no lo puede estar al mismo tiempo en otra. De esa manera, cada ciudadano argentino está en condiciones de reclamar la asistencia social que entienda tiene derecho a recibir del Estado en cuya comunidad política participa como elector legitimando a sus autoridades, o está en condiciones de participar.

Por su parte, en lo que respecta a los extranjeros, el art. 3º dice: “[l]os extranjeros residentes en la Ciudad que cumplan con los requisitos establecidos por las legislación nacional y la local y con las determinadas por la presente ley a tal fin podrán acceder a las políticas sociales instituidas por esta norma”; previsión que no podría llegar a interpretarse como que ha puesto a los extranjeros en una situación más beneficiosa a los ciudadanos de la CABA, sino, en todo caso, en una equivalente, tanto en derechos como en deberes, en razón de su compromiso y vinculación con esta jurisdicción política.

En lo que respecta al segundo requisito exigido para acceder a las prestaciones, el art. 6º de la ley define a la “*vulnerabilidad social*” como: “...la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.// Se considera ‘personas en situación de vulnerabilidad social’ a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos”.

Así, para el caso del *derecho a la vivienda*, la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de ca-

lle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley 3706.

Establecer cuándo una persona está en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en el supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, pueda ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

En ese orden ideas, por ejemplo, hay otros elementos que es conveniente descartar en el escrutinio que se haga, tales como que quien peticiona la asistencia del Estado cuente con relaciones de parentesco a las que, con arreglo a lo previsto en los arts. 367 y ss. del Cód. Civil, tenga “derecho a requerirle alimentos”, circunstancia que debe ser adecuadamente ponderada. Recordemos que el art. 372 dice que “[l]a prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, *habitación* y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades” (art. 372 C.C., el destacado no obra en el texto original).

Finalmente, a esos dos requisitos —*vinculación de la persona beneficiaria con la Ciudad* y comprobación de una *situación de vulnerabilidad social*—, la ley suma ciertas exigencias formales en el supuesto en que la prestación sea de tipo económica (conf. art. 7°).

8. En lo que respecta puntualmente a las *personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad*, la ley 4036 dedica diversas previsiones.

La definición de qué se entiende por *personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad* viene dada por el art. 23 de la ley en los siguientes términos: “[a] los efectos de esta ley se entiende por personas

con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión”.

En línea con lo expuesto, la presentación de un certificado de discapacidad no bastará para acreditar que la persona encuadra como persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad, ya que el Legislador estableció que además es preciso que se halle bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono. Por su parte, la definición transcripta no excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23 en lo que al derecho a la vivienda se refiere.

La ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. Así el art. 22 dice: “El Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447”.

A tales fines se prevé que el GCBA “...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social” (conf. el art. 25 de la ley 4036); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de contención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talle-

res de capacitación y formación laboral” (conf. art. 25, especialmente incs. 4º y 6º).

Y puntualmente, en lo que a la cuestión de la vivienda se refiere, la ley establece que el GCBA deberá “brindar alojamiento para aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad” (art. 25, inc. 3º, de la ley 4036 —el énfasis en negrita ha sido añadido—); tutela especial para este universo de beneficiarios que resulta armónica con las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en especial, art. 28), aprobada en el mediante ley 26.378.

El alcance de la obligación que la ley puso en cabeza del GCBA para este universo particular de destinatarios (*personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social*) solo es equivalente a aquella prevista para los adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social (conf. el art. 18 de la ley 4036).

Y en lo que aquí interesa, en cumplimiento de directivas constitucionales, el Legislador bien pudo procurar una asistencia especial para estos universos de personas que, por sus características, presumiblemente sea difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo.

Respecto del resto de los posibles destinatarios de “las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad”, la ley solamente alude a una prioridad en el acceso a aquellas personas que estén “...en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” (conf. los art. 1º y 6º de la ley), universo dentro del cual el art. 3º de la ley 4042 asigna preferencia a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, mas no a una tutela con las características previstas para las personas con discapacidad y adultos mayores de 60 años, en situación de vulnerabilidad social.

9. Así pues, teniendo en cuenta, por un lado, que en autos no se encuentra controvertido que la actora es una persona con discapacidad en condición de vulne-

rabilidad social y, por el otro, las normas legales reseñadas que tutelan a ese universo de sujetos, leídas a la luz de las previsiones constitucionales, no asiste razón a la demandada cuando procura resistir la obligación de asistencia que se ha reconocido en autos.

10. De todas maneras, sin que ello implique cambiar en sustancia el sentido de la decisión adoptada por las instancias de mérito, es posible advertir que la condena dispuesta en autos debe ser reformulada de acuerdo con las normas vigentes en la materia.

En la medida en que el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036 obliga al GCBA a “brindar alojamiento” a la persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad, la parte demandada deberá presentar una propuesta en el plazo que indique el juez de grado para hacer frente a esa obligación que resulte adecuada a la situación particular del amparista.

Cabe destacar que las soluciones para atender el mencionado derecho a la vivienda pueden ser diversas y dependerán del ejercicio de funciones administrativas que no han sido ejercidas, más allá de los programas de subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional.

En estos casos, los jueces deberán cuidarse de no invadir las competencias que el Poder Legislativo ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado en los supuestos como el *sub examine*. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que perentoriamente se pronuncie al respecto.

Finalmente, vale destacar que la obligación de condena impuesta en autos

subsistirá mientras perdure la situación de vulnerabilidad del accionante en que ella encuentra apoyo.

II. Por lo demás, coincido con mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en que no cabe soslayar que las obligaciones que aquí se adjudican al GCBA han sido asumidas por el Estado nacional en el marco de tratados internacionales (confr. art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11.1. del PIDESC; etc), y que este no podría trasladarlas a las jurisdicciones locales desentendiéndose de las mismas (confr. art. 28 de la CADH).

En el caso, si bien no ha sido citado oportunamente el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la referida corresponsabilidad, aunque ello sea en otro proceso.

Por ello, voto por: hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los términos en que fue establecida la condena en autos y rechazarlo en todo lo demás, revocar la condena dispuesta y, en consecuencia, ordenar al GCBA que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de “brindar alojamiento” a la parte actora (confr. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036) que reúna las condiciones adecuadas a su situación de discapacidad.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113 inc. 3º de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/ GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5° inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre

otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁵⁷

¹⁵⁷ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada....”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, comensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...).”

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

Asimismo, el Comité opinó que "... el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los

instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. *Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:*

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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*” (el destacado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni*

limitado por ninguna otra consideración (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación*

de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, el art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1, PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo

de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁵⁸ o “Sejean”¹⁵⁹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título

¹⁵⁸ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁵⁹ Fallos, 308:2268 (1986).

XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles

a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCA-BA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda

integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCA-BA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible

con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* la sentencia de fs. 244/247 vuelta en cuanto dispone que el GCBA “[e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidiario), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”.

4º. *Condenar* al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLXV - JIMÉNEZ, EVA SHIVA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO¹⁶⁰

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Derechos económicos, sociales y culturales. Principio de no regresividad. Fundamentación por remisión a precedente. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.874/14 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió “Desestimar los agravios y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en los términos expuestos en este decisorio (conf. consid. IX)...” (fs. 300/303 vuelta y fs. 309).

2. Los jueces agruparon varios casos y dictaron una única resolución para los expedientes que, entendieron, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada “Lemos Fonseca, Alba Nibia c/GCBA sobre amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° EXP 30.133/0. La condena consistió en ordenar a la demandada que, mientras subsistiese la situación que afectaba a los actores al momento de dictarse la sentencia, el GCBA les prestase adecuada asistencia habitacional, mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidios), o bien por cualquier otro medio que resguardase los fines habitacionales perseguidos en el proceso, quedando excluidos como modo concreto para satisfacer el derecho objeto de protección, el alojamiento en hogares o paradores. Agregaron que, si la demandada optase por la entrega de un subsidio, su importe debía ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambiasen las condiciones para ejercer el derecho, circunstancia que debía ser controlada por los jueces de la instancia de grado (fs. 300/303 vuelta y 309).

3. En el recurso de inconstitucionalidad el GCBA sostuvo, en primer lugar, que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva al decidir en una sentencia “ómnibus” numerosas causas en las cuales se ventilaban situaciones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Adujo que la súbita acumulación de las causas había dejado a la demandada sin defensa respecto de esa decisión, impidiéndole demostrar que no todos los ciudadanos se encontraban “en condiciones de solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial”.

¹⁶⁰ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 30/5/2014 en los autos “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, en este tomo, p. 4276.

También se agravio porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento alguno de las normas y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor al que allí se establecía. Adujo que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11 (fs. 312/327 vuelta).

4. La Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA), y lo rechazó respecto de los restantes planteos (376/377 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar propició rechazar el recurso del GCBA (fs. 383/389). A su turno, el Sr. Fiscal General expresó que, a su criterio, se debía hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia recurrida, y reenviar las actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo fallo conforme a derecho (fs. 393/409 vuelta).

6. A fs. 416 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 300/303 vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que "...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsido), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso". Además, los jueces dijeron que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs 303).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,¹⁶¹ el punto 5.2 del

¹⁶¹ Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

voto que suscribimos *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, de fecha 26/9/12, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora tiene una menor a su cargo y que cuenta con escasos recursos económicos para resolver su situación habitacional (fs. 193). Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que subsista a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 300/303 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Un primer grupo de planteos del GCBA pretenden resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Ahora bien, estos agravios no permiten habilitar la vía intentada, por los motivos que se expondrán a continuación. Por un lado, interesa destacar que el recurso de inconstitucionalidad fue denegado en lo que a la alegada arbitrariedad de la sentencia se refiere y que esos argumentos no fueron mantenidos por la interesada mediante la presentación de la correspondiente queja. Por su parte, aun en el caso que estos planteos pudieran entenderse comprendidos dentro de aquellos por los cuales el remedio extraordinario fue concedido —por encontrarse inescindiblemente ligados—, lo cierto es que estos no configuran un caso constitucional en la medida que los jueces de la causa arribaron a al decisorio reseñado a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar accionante y, por su parte, la demandada no ha logrado demostrar que esas conclusiones incurran en un desacierto de gravedad extrema en ese punto sino que tan solo formula manifestaciones genéricas en sentido discrepante.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos. Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría los accionantes, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

2. Por su parte, existe otro grupo de agravios que se dirige a cuestionar el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado se vincula al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora planteada; asunto que resulta sustancialmente similar al abordado por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. Tal como recordé en aquella oportunidad, en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. XII A, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;

- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso—.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales a) realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES¹⁶²) y b) destinen

¹⁶² Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES^C, el destacado no obra en el texto original).

de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobier-

no de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C., L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁶³—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según al-

¹⁶³ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

gunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el

pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Tolozá, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Tolozá”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁶⁴

¹⁶⁴ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la moderniza-

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

ción en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan*...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁶⁵ o “Sejean”¹⁶⁶ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

¹⁶⁵ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁶⁶ *Fallos*, 308:2268 (1986).

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y

garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o *que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 300/303 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4º. *Imponer* las costas por su orden.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique, y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXVI - V., O. N. C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO¹⁶⁷

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Derechos económicos, sociales y culturales. Principio de no regresividad. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 10.625/14 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió “Desestimar los agravios y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en los términos expuestos en este decisorio...” (fs. 157 vuelta).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada “Ríos Miguel Ángel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 40592/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Dijeron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n° 13817/0, el 13/10/06, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/ GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del TSJCABA y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se

¹⁶⁷ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 30/5/2014 en los autos “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, en este tomo, p. 4276.

hubiese modificado, sino que los amparistas continuaban en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendentes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales (fs. 154/157 vuelta).

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 174/184), la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificado de tal acumulación. También se agravio porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento de las normas y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11. Por último, atacó la forma en que fueron impuestas las costas tanto en primera instancia como en la Cámara.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo rechazó respecto de los restantes planteos (fs. 211/212 vuelta).

5. La Sra. Fiscal General Adjunta opinó que correspondía hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y reenviar la causa a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 225/229).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia en los siguientes términos: "...ordenar a la demandada [GCBA] que mientras subsista la situación actual de los accionantes [SIC *rectus*: accionante] l[e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso" (conf. fs. 157). Asimismo, aclaró que "[s]i la autoridad administrativa decidiese le entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 157/vuelta).

2. Los agravios del GCBA no se hacen cargo de que al tiempo que la Cámara dictó la sentencia recurrida estaba vigente la ley 4036, la que acuerda el derecho a un alojamiento (conf. el art. 25, inc. 3º) a aquellas personas que estén, en lo que aquí importa, en la situación de discapacidad que define el art. 23 de esa misma ley —conf. voto conjunto con la Dra. Conde, *in re* "X. F. E., T.c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En dicho precedente señalamos que la ley no se refiere a cualquier "discapacidad":

La definición de qué se entiende por personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad viene dada por el art. 23 de la ley en los siguientes términos: “[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión”.

Como se puede observar la mera presentación de un certificado de discapacidad no basta para acreditar la “discapacidad” a que se refiere la ley, ni la definición transcrita excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23. Agrega el Legislador que no basta con que se trate de una persona que padezca alguna de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales, sino que para quedar incluidas en el grupo beneficiado es preciso que se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono.

Además, no hay que perder de vista que la ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. El art. 22 dice: “[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 447”.

A tales fines se prevé que el GCBA “...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social” (conf. el art. 25 de la ley); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de contención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral (conf. art. 25, especialmente incs. 4º y 6º).

En suma, la asistencia a la persona discapacitada es integral. Esa asistencia debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si la persona discapacitada es un menor, la solución integral no puede llevar a la separación del grupo familiar (conf. el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño).

3. Aquí, a su vez, el GCBA no ha discutido la situación de hecho en que relataron los jueces de mérito se encuentra la actora. Según ese relato, la actora es una mujer con discapacidad mental —enfermedad de síndrome depresivo recurrente, trastorno psicoanalítico con predominio psicopático y portadora de chagas—. Afirmó que no se ha demostrado que su situación de “falencia económica y social haya variado” (fs. 82).

Tampoco el GCBA ha discutido la vinculación que la actora tiene con la Ciudad, a la luz de las previsiones de la ley 4036.

En suma, el *a quo* tuvo por acreditado que, por un lado, la actora padece una discapacidad mental y, por el otro, que está por debajo de la línea de indigencia, al concluir que no se había demostrado que su situación de “falencia económica y social haya variado” respecto del momento en que se inició la demanda, determinaciones que el GCBA no discute. En tales condiciones, se sostiene la conclusión del *a quo* conforme la cual la actora está enmarcada en la definición de discapacidad que da el art. 23 de la ley 4036.

4. En ese contexto, el GCBA no muestra que la Cámara, en tanto confirmó la sentencia de primera instancia, hubiera resuelto prescindiendo del ordenamiento jurídico vigente, al reconocerle a la accionante el derecho a un alojamiento.

5. En cambio, sí prosperan los planteos que el GCBA dirigió a cuestionar el alcance de la condena impuesta. En efecto, al igual que *in re* “X. F. E., T.”, entiendo que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que ejerciera las funciones que le competen para atender el derecho que le asiste a la actora, haciendo conocer en la causa cómo se dispone a hacerlo a fin de establecer si el modo concebido a ese fin satisface la condena.

Por ello, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda de la aquí actora (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones. Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los términos en que fue establecida la condena en autos y rechazarlo en todo lo demás, revocar la condena dispuesta y, en consecuencia, ordenar al GCBA que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna; y *ii)* es una persona con una *discapacidad* mental (padece una deficiencia intelectual, por la que obtuvo un certificado de discapacidad) que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (fs. 23, 24, 30, 31, 82/86 y 157 vuelta).

2. En el caso, el GCBA pretende resistir el decisorio de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó, en los términos ya reseñados en las “resulta”, la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re*: “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30 de abril del corriente año.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, revocar la sentencia de fs 154/157 vuelta, y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad aquí valorada.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. *Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:*

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁶⁸

¹⁶⁸ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

"...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

"Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, commensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)".

"Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas".

"Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho".

"Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes".

"Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso*

que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA de-

bió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁶⁹ o “Sejean”¹⁷⁰ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está

¹⁶⁹ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁷⁰ *Fallos*, 308:2268 (1986).

obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolosa” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 154/157 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia suscripta el 30/4/2014, como parte integrante del voto conjunto de los jueces José O. Casás y Ana María Conde.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCLXVII - GUERRERO, MARÍA DE LOS ÁNGELES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN CARRIZO, MARÍA ELENA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

**QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo.
Gestor judicial. Plazos procesales.**

Expte. SACAyT n° 10.494/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Elena Carrizo, por derecho propio y en representación de los niños a su cargo —entre los que se encontraba la Sra. María de los Ángeles Guerrero—, y Pablo Marcelo Granara, por derecho propio y en representación de su hija, promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyeron al demandado. Precisarón, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de un subsidio, que este debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características, y plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 5° y 6°

del dec. 690/06. Como medida cautelar, solicitaron su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 24/39).

La jueza de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida (fs. 45/54 vuelta) y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo "...ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que mantenga respecto de los actores las prestaciones previstas en el dec. 690/06 —modificado por su similar n° 960/08— o en el plan asistencial que lo sustituya o extienda en el futuro o bien los fondos suficientes para acceder a un alojamiento adecuado, hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual se encuentran los accionantes y sus hijos han desaparecido, dejando aclarado que los actores deberán participar activamente y comprometerse en la búsqueda de estrategias para dar solución a la problemática que padece" (fs. 54 vuelta). La magistrada también declaró la inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08.

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 55/66). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario admitió parcialmente el recurso "...en lo que se refiere a la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06, como a la exclusión del subsidio previsto de María de los Ángeles Guerrero" (fs. 77 vuelta). Para excluir a la Sra. Guerrero de la sentencia favorable, los jueces tuvieron en cuenta que ella había alcanzado la mayoría de edad y que "...se encuentra en un adecuado de salud (...), y no hay noticias de que se encuentre aquejada por ningún padecimiento" (fs. 77).

3. Contra el fallo de la Cámara, la Sra. Guerrero interpuso un recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria dio lugar a la queja que el Dr. Mario J. Kestelboim y la Dra. Graciela E. Christe presentaron en carácter de gestores procesales (fs. 1/19 vuelta).

4. Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta propició "[a]dmitir el recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad articulado por la coactora María de los Ángeles Guerrero" (fs. 123 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La queja que motiva esta intervención fue interpuesta con fecha 16/12/2013 por el Dr. Mario J. Kestelboim y la Dra. Graciela E. Christe invocando el carácter de gestores de la Sra. Guerrero "en atención a los brevísimos plazos procesales para la interposición de este recurso y dada la imposibilidad de la actora de suscribir este escrito en tiempo" (fs. 1/20).

El art. 42 del CCAyT establece que: "cuando deban realizarse actos procesales urgentes y existan hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte que ha de cumplirlos, puede ser admitida la comparencia en juicio de quien no tuviere representación conferida. Si dentro de los cuarenta días hábiles, contados desde la primera presentación del gestor/a, no son acompañados los instrumentos que acrediten la personería o la parte no ratifica la gestión, es nulo todo lo actuado por el gestor/a y este/a debe satisfacer el importe de las costas, sin perjuicio de su responsabilidad por el daño que haya producido.

"En su presentación, el gestor/a, además de indicar la parte en cuyo beneficio pretende actuar, tiene la carga de expresar las razones que justifiquen la seriedad del pedido. La nulidad, en su caso, se produce por el solo vencimiento del plazo sin que se requiera intimación previa".

El vencimiento del plazo fijado por la norma citada—que tuvo lugar el 25/3/2014—sin que se verificara la ratificación que requiere, determina la nulidad de lo actuado por los gestores, de modo que no hay más que declarar inadmisibile la queja. Así lo voto.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE e INÉS M. WEINBERG y dijeron:

Adherimos al voto de la nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, emitido el dictamen de la Fiscal General Adjunta,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Dr. Mario Jaime Kestelboim y la Dra. Graciela Elena Christe en carácter de gestores procesales de María De los Ángeles Guerrero

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXVIII - DE CRUZ, FEDERICO DANIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO; Y SU ACUMULADO EXPTE. SACAYT N° 10.162: GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN DE CRUZ, FEDERICO DANIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Recursos. Deberes y facultades del juez.

SUMARIOS:

1. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes es materia de hecho, cuya determinación es, como principio, privativa de los jueces de la causa, en tanto no se acredite que la Cámara hubiese incurrido en exceso en el ejercicio de sus competencias. (*Voto del juez Luis F. Lozano, al que adhiere la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

2. Los tribunales judiciales, por su carácter de “directores del proceso”, cuentan con facultades para conceder aquel medio impugnativo que se corresponde con la fundamentación del recurso, independientemente de la denominación utilizada por el recurrente. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

3. El juez tiene no solo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndolas en las normas jurídicas, en tanto no se modifiquen los supuestos fácticos del caso. (*Voto en disidencia de la jueza Ana María Conde*).

Expte. SACAYT n° 10.462/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Federico Daniel Cruz promovió demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), a fin de solicitar su restitución.

ción en la función de Coordinador Operativo de Turno dependiente de la Subsecretaría de Seguridad Urbana (Ex Dirección General Guardia Urbana), que ejercía en virtud de un contrato suscripto el día 1/1/2009, y de la cual fue cambiado mediante una simple notificación el día 11/10/2009. Asimismo, solicitó que se ordene al GCBA arbitrar las medidas administrativas tendientes a su evaluación o llamado a concurso público que permita su incorporación inmediata a la Planta Permanente del Cuerpo de Agentes de Control de Tránsito y Transporte. Por último, requirió el pago de las diferencias salariales adeudadas, y de las bonificaciones por antigüedad resultantes entre los haberes percibidos desde el 16/2/2006 hasta la actualidad, con más sus intereses legales aplicables al día del efectivo pago, con relación a los agentes de planta permanente que se desempeñaron en funciones idénticas a las que el actor cumplía (fs. 1/16 vuelta).

Expresó que ingresó a trabajar para el demandado el 15/2/2005, bajo la modalidad de contrato de locación de servicios, y suscribiendo contratos periódicos y sucesivos hasta el día 1/9/2007, fecha en la que revistó bajo contrato de relación de dependencia por tiempo determinado. Relató que desde esa fecha suscribió contratos de planta temporaria por los períodos 1º/9/2007 al 31/12/2007, 1º/1/2008 al 31/12/2008 y 1º/1/2009 al 31/12/2009, y que durante la vigencia del último de estos convenios, el día 11/10/2009 le notificaron un cambio en sus funciones, que le provocó un grave perjuicio, dado que se rebajó su categoría, sin ninguna explicación o motivación de dicha decisión.

2. Contestada la demanda por el GCBA (fs. 231/241 vuelta) quien solicitó su rechazo, la Sra. jueza de primera instancia admitió la acción de amparo, y en consecuencia, le ordenó a aquel renovar el contrato celebrado con el actor, en términos similares al contrato vigente durante el año 2009, no obstante lo que pudiera resolver en punto a las funciones específicas que correspondía asignarle (fs. 490/497 vuelta).

Para así decidir, consideró que "...aunque la pretensión originaria de la actora fue que el GCBA le mantenga la función que ejercía en el Cuerpo de Agentes de Control de Tránsito y Transporte, en su última presentación, la actora pidió que se le permita seguir trabajando puesto que no se le habría permitido el ingreso a su anterior lugar de trabajo" (fs. 493). Añadió que "...la falta de renovación del contrato del sr. De Cruz sería un acto arbitrario y eventualmente discriminatorio, máxime cuando la Administración renueva anualmente todos los contratos análogos a los que habría celebrado el GCBA con el Sr. de Cruz en el año 2009" (fs. 495 vuelta). Sostuvo además, que "...los términos puntuales de la nueva contratación, y particularmente las funciones que se le asignen al Sr. de Cruz, son cuestiones que deberán precisar los otorgantes del contrato y que exceden las potestades del Tribunal" (fs. 495 vuelta).

3. Ambas partes apelaron la sentencia (actora a fs. 502/505 vuelta y demandada a fs. 510/517). Los agravios de la actora fueron contestados por el GCBA a fs. 518/520, y los del GCBA fueron respondidos por el señor De Cruz a fs. 522/524.

A su turno, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA resolvió (fs. 547/563): "Admitir el recurso deducido por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia dictada a fs. 490/497 [...] Rechazar, por lo tanto, el recurso interpuesto por la parte actora" (fs. 563).

Para resolver de esta forma, en el voto mayoritario, el Dr. Centanaro y la Dra. Weinberg, sostuvieron —por distintos fundamentos— que la decisión de no renovar la contratación luego del día 31/12/2009 no era ilegítima, y que no resultaría ajustado a derecho admitir la renovación del vínculo contractual. Sin embargo, la Dra. Weinberg agregó que, a fin de salvaguardar los derechos del amparista, y en virtud de la primacía de los valores, principios, conceptos y pautas de la Constitución, "...correspondería que la demandada indemnizase al accionante por el despido arbitrario sufrido conforme

las normas del derecho laboral privado, con más sus intereses desde la fecha en que se desvinculó al actor y hasta el efectivo pago” (fs. 562 vuelta).

4. Contra dicha resolución el actor presentó recurso de aclaratoria, con recurso de inconstitucionalidad en subsidio (fs. 564/574 vuelta), cuyo traslado fue contestado por el GCBA (fs. 578/581 vuelta).

En lo que aquí interesa, el actor denunció que habría una discordancia entre los fundamentos de las Dras. Daniele y Weinberg, que reconocen sus derechos laborales, y el contenido del fallo que no decidió en ese sentido, pues rechazó la demanda.

A su turno, la Sala II consideró que más allá de que el actor había interpuesto el recurso bajo la denominación de “Aclaratoria”, debía interpretarse su escrito como un recurso de “Revocatoria *in extremis*”, y resolvió “Hacer lugar al recurso de reposición *in extremis* deducido por el actor; en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 547/563 (en cuanto rechaza en su totalidad la demanda interpuesta) y condenar a la demandada a abonar al actor una indemnización por el despido arbitrario sufrido conforme las normas del derecho laboral privado, con más sus intereses desde la fecha en que se desvinculó y hasta el momento del efectivo pago” (fs. 584). Ello así, porque la Dra. Daniele consideró que, más allá de que el voto de su colega, la Dra. Weinberg, propiciaba una solución diferente a la que ella estimaba conveniente, resultaba conducente para un reconocimiento del derecho perseguido por el actor. Por ello, de manera excepcional y al solo efecto de alcanzar la mayoría, adhirió al voto de la Dra. Weinberg.

5. A fs. 587/609 el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad. Se agravió, fundamentalmente, porque se afectó el principio de congruencia y su derecho de defensa en juicio al condenarse al GCBA a pagar una indemnización que no fue requerida por la actora en la demanda, excediendo, además, la prohibición establecida en el art. 3º de la ley de amparo; y por haber admitido la procedencia del amparo sin que se planteara una conducta manifiestamente ilegítima de su parte. Asimismo, entendió que la sentencia de fs. 583/584 también era arbitraria por haber resuelto un recurso no planteado por el actor, afectando el principio de bilateralidad, transgrediendo la firmeza de la cosa juzgada, y sustituyendo así la voluntad del amparista.

Previa contestación por la actora (fs. 627/631 vuelta) la Cámara concedió parcialmente el recurso y lo denegó por la causal de arbitrariedad (fs. 633/634 vuelta).

Ante la denegatoria parcial, el GCBA planteó la queja que luce a fs. 756/778.

Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta propició admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, anular la sentencia recurrida y devolver la causa a la Cámara para que otra Sala dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 286/290 vuelta).

6. A fs. 796 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 547/563).

FUNDAMENTOS:

1) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, ALICIA E. C. RUIZ, JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 732/752 y rechazar la queja planteada a fs. 756/778 porque la recurrente no demuestra la existencia de una cuestión constitucional o federal que habilite la competencia de este Tribunal.

Los agravios del GCBA giran en torno a la interpretación que hizo la cámara de las pretensiones esgrimidas en el pleito, a la idoneidad de la vía del amparo y a la posibilidad de revocar su propia sentencia sin que hubiese planteado ese recurso la actora.

Establecer el alcance de las pretensiones de las partes es materia de hecho, cuya determinación es, como principio, privativa de los jueces de la causa y, en el caso, la recurrente no acredita que la Cámara hubiese incurrido en exceso en el ejercicio de sus competencias.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mi colega Lozano en que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 732/752 y rechazar la queja incoada a fs. 756/778. Ello es así, por cuanto el pronunciamiento atacado —tanto en relación con el alcance de la pretensión esgrimida en el pleito como a la posibilidad de que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario revoque su propia sentencia sin que hubiese planteado ese recurso la actora— encuentra apoyo en la valoración de aspectos fácticos y procesales, cuestiones todas ajenas, por regla, a la intervención de este Tribunal en la vía intentada.

2. Por otro lado, corresponde destacar que si bien el recurrente sostiene que la sentencia impugnada vulneró su derecho de defensa, por cuanto las restricciones del proceso de amparo le impidieron ejercerlo de modo pleno, omite indicar cuáles fueron las defensas de las que fue privado y como ellas hubieran resultado determinantes para poner en crisis la decisión de la Cámara.

3. Finalmente, más allá de las posibles anomalías en el ejercicio de la jurisdicción en que pudo haber incurrido el *a quo* al dictar las resoluciones obrantes a fs 547/563 y fs 583/584, lo cierto es que el GCBA no acredita que la solución arribada en la decisión atacada se aparte de los criterios que el orden jurídico vigente suministra a los jueces para apoyar sus sentencias (conf. CSJN en “Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Fallos*, 334:398, sentencia del 19/4/2011).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por las razones expresadas por mi colega el juez Luis F. Lozano en su voto, que en lo sustancial comparto, adhiero a la solución que propone.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA cumple los requisitos de tiempo y forma previstos en el art. 33 de la ley 402, y rebate con acierto los fundamentos del auto denegatorio parcial del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que expresa concretamente los motivos por los cuales (como se verá a continuación) la sentencia de la Cámara sería arbitraria y —consecuentemente— lesiva de su derecho de defensa.

Por ello, corresponde la apertura de dicha queja a los efectos de proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad en su totalidad.

2. La sentencia cuestionada consideró que debía interpretarse la aclaratoria interpuesta por el actor como un recurso de reposición o revocatoria *in extremis*, y resolvió revocar su propia sentencia anterior, y condenar a la demandada al pago de una indemnización por despido arbitrario.

Bajo el agravio genérico de la arbitrariedad, el GCBA consideró, en su recurso de inconstitucionalidad, que la sentencia de la Cámara afectó su derecho de defensa esencialmente por dos motivos:

- a) entendió que la Cámara resolvió un recurso no planteado por la parte actora, el cual además resultaba improcedente por ser de neto corte pretoriano, y no estar establecido en norma alguna;
- b) se agravió porque la sentencia de la Cámara otorgó una indemnización al actor, que no fue requerida por este, y en violación de lo dispuesto en el art. 3° de la ley de amparo local (n° 2145), afectando así el principio de congruencia.

3. En cuanto al primero de los agravios, cabe realizar las siguientes consideraciones.

3.1. En primer lugar, resulta pertinente recordar que los tribunales judiciales, por su carácter de “directores del proceso”, cuentan con facultades para conceder aquel medio impugnativo que se corresponde con la fundamentación del recurso, independientemente de la denominación utilizada por el recurrente. Y ello con fundamento en que el juez tiene no solo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndolas en las normas jurídicas, en tanto no se modifiquen los supuestos fácticos del caso [conforme doctrina de la CSJN en *Fallos*, 297:548; 298:429].

En el presente caso, la Cámara analizó la aclaratoria presentada por el accionante a fs. 564/574, y consideró que se trataba en sustancia de una revocatoria *in extremis*, pues la presentación tenía por objeto obtener la modificación de la decisión atacada en virtud del error que le atribuía a la conformación de la decisión mayoritaria. Y al momento de resolver, se limitó a expedirse favorablemente respecto de la pretensión recursiva del recurrente, sin modificar la sustancia del planteo ni decidir cuestiones no planteadas.

Por lo tanto, no se advierte que la distinta denominación atribuida por la Cámara al recurso del actor implicara una afectación del derecho de defensa del GCBA, en tanto el a quo respetó la esencia del planteo impugnativo sin incurrir en extralimitación alguna.

3.2. Por otro lado, en cuanto a la admisibilidad del recurso de revocatoria *in extremis*, he tenido oportunidad de pronunciarme en la causa “*G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Navalle, Pedro Ignacio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’*”, expte. n° 4351/05, sentencia del 9/8/2006.

Allí expresé que “(E)n supuestos excepcionales la doctrina y también la jurisprudencia han considerado que autos interlocutorios e inclusive sentencias definitivas firmes pueden ser objeto de un recurso de revocatoria *in extremis*, si es que existe la posibilidad de que, con motivo de un error judicial, se pueda consumir una notoria injusticia, cuya subsanación por otras vías sea imposible —si no existen otros recursos posibles— o notoriamente dificultosa —como ocurriría si la única posibilidad impugnatoria sea la interposición de un recurso extraordinario—. // Por lo tanto, la reposición

‘in extremis’ se caracteriza por poseer notas absolutamente opuestas a las propias de la revocatoria ‘normal’, en primer lugar porque mediante ella se persigue cancelar —total o parcialmente— la eficacia de una resolución de mérito —sentencia definitiva o auto interlocutorio—. Además, con la referida cancelación se busca remover una injusticia grave, palmaria y trascendente derivada de la comisión de un tipo especial de errores judiciales: los provenientes de ciertos errores materiales. // Es decir, debe tratarse de un error de hecho, que puede hacer incurrir al juez en equivocaciones in iudicando o in procedendo que cause una resolución notoriamente desajustada a la verdad objetiva. // La propia CSJN ha recurrido a este remedio para salvar errores de hecho o ‘afines’, cuando se presentan situaciones serias e inequívocas que ofrezcan nitidez manifiesta sobre la existencia de un error material (315:2581, 305:603, 310:858). Se trata de casos en los que, de haberse advertido oportunamente las circunstancias que motivaron los respectivos recursos, se habría resuelto de modo opuesto a como efectivamente se hizo, y cuando es tan evidente el error material, que no corregirlo constituiría un apego insustancial a las formas por las formas mismas. // Si bien es cierto que el art. 212 CCAyT establece que el recurso de reposición procede contra las providencias simples —causen o no gravamen irreparable— y contra las interlocutorias que no extingan el proceso y causen un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva, es importante tener en cuenta que este recurso se fundamenta en la celeridad y economía que se logra evitando la doble instancia, al permitir reconsiderar la cuestión al mismo juez que dictó la resolución. // Por lo tanto, se concluye que a pesar de no estar expresamente previsto en el ordenamiento jurídico —como en algún momento tampoco lo estuvo el amparo, a pesar de ser aplicado por los tribunales a partir de los precedentes “Siri” y Kot”—, razones de justicia, celeridad y economía procesal nos conducen a considerar válido el instituto de la reposición *in extremis*”.

Por estos fundamentos, entiendo que la Cámara, al considerar al recurso del accionante como una “revocatoria *in extremis*”, no incurrió en una extralimitación de sus facultades, ni afectó el derecho de defensa del GCBA, por lo que este agravio debe ser desestimado.

4. Distinta es la situación respecto del segundo planteo, el cual sí debe prosperar, pues en tal sentido, el GCBA esbozó diversas críticas certeras a la sentencia definitiva de la Cámara, que la descalifican en cuanto acto jurisdiccional válido.

4.1. Tal como lo sostuve en la causa “Vincenzi, Mónica Silvia c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 7965/11 y su acumulado “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Vincenzi, Mónica Silvia c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 7945/11, sentencia del 30/11/2011, al haber acordado la Cámara una indemnización a favor de la parte actora, que no había sido solicitada por el amparista, el tribunal *a quo* excedió el objeto del proceso tal como había sido delimitado por las partes. De tal manera, al dictar una sentencia *extra petita*, la Cámara violó el principio procesal de congruencia, afectando consecuentemente el derecho de defensa del demandado.

4.2. Otro de los planteos del Estado local consiste en que la decisión impugnada, al conceder una indemnización, violó la expresa prohibición contemplada en el art. 3 de la ley 2145, y desnaturalizó la acción de amparo, que no sería la vía idónea para plantear situaciones como la de autos atento su limitado marco cognoscitivo.

El citado artículo dispone que “[N]o será admisible el reclamo de daños y perjuicios en la acción de amparo”. Esta limitación en cuanto a las pretensiones susceptibles de ser tratadas en un amparo obedece a que cualquier reclamo indemnizatorio obliga a un debate fáctico y probatorio más extenso del que permite este tipo de proceso.

Sin embargo, el tribunal *a quo* ignoró esta expresa prohibición legal y concedió una indemnización a la actora. Si consideraba que la disposición era ilegítima y no debía ser aplicada, debería haber declarado su inaplicabilidad o inconstitucionalidad con la debida y exhaustiva fundamentación que requiere el ejercicio de la *última ratio* del ordenamiento jurídico, pero no lo hizo.

La violación de una clara y contundente norma legal, sin haber declarado su inconstitucionalidad en el caso concreto ni haber expresado los motivos para eludir su aplicación, torna inválida la sentencia.

4.3. En virtud de los argumentos desarrollados precedentemente, podemos concluir que la sentencia atacada —en cuanto concede una indemnización no peticionada y en el marco de una acción que impide otorgarla— presenta serios defectos que la tornan arbitraria y lesiva del debido proceso y el derecho de defensa del GCBA. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia y resolver el fondo del asunto, en los términos del art. 31, párrafo 2º, de la ley 402.

Como la condena impuesta por la Cámara al GCBA para que abone al actor una indemnización por despido arbitrario debe ser revocada, y las restantes pretensiones deducidas por la actora en su demanda ya fueron desestimadas por el *a quo* —decisión que ha adquirido firmeza—, en consecuencia la presente acción de amparo debe ser rechazada.

La decisión que propicio no impide que la actora inicie un nuevo proceso de corte ordinario para replantear las cuestiones aquí debatidas, introducir todas las pretensiones que estime pertinentes —incluso una de tipo indemnizatorio—, y realizar un debate fáctico y probatorio amplio.

5. En consecuencia, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 111/130 y rechazar la presente acción de amparo, con costas de todo el proceso en el orden causado (conf.art. 14, CCABA).

Por ello, emitido el dictamen de la Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLXIX - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN D., L. L. C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)¹⁷¹

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 10.477/13 - 29/10/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. L. L. D., por derecho propio, promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) con el objeto de que se le provea "...un alojamiento adecuado (...) mediante los programas gubernamentales que resguarden los fines habitacionales perseguidos en este proceso, sea el vigente en la actualidad (aprobado por el dec. 690/06 con las modificaciones introducidas por el dec. 960/08) o el que lo reemplace en el futuro (...)" (fs. 1/28 del expte. 37762/0).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar—, hace lugar a la acción y ordena al GCBA "...arbitrar los mecanismos constitucionales enderezados a proveer a la amparista una ubicación habitacional configuradora del "derecho a la vivienda adecuada" (...) [agregando que] en el caso de que dicha solución consista en una prestación económica, la misma deberá satisfacer íntegramente los preceptos señalados (...)." Todo mientras la actora no se halle en condiciones de superar su situación de emergencia habitacional y su estado de vulnerabilidad social en forma integral (fs. 277/290vta.).

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apela y expresa agravios (fs. 294/307) los que son contestados por la actora (fs. 312/320).

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechaza el recurso de apelación y confirma la decisión. Los magistrados sustentan normativamente su decisión en la interpretación de los arts. 17, 24, 31, 36 y 42 de la Constitución local, y en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N. Ponderan también lo previsto por los arts. 1°, 2°, 6°, 7° y cc. de la ley 4036, así como lo establecido por el dec. 690/06 y sus modificatorios; en este marco normativo y en base al relevamiento de las circunstancias obrantes en la causa, tuvieron por acreditada la situación de vulnerabilidad social (fs. 342/350).

3. El GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad, el que es contestado por la actora a fs. 374/393; señala —en apretada síntesis— que se configura en la causa un caso constitucional por cuanto la sentencia apelada no constituye una derivación razo-

¹⁷¹ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 21/3/2014 en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 9205/12, en este tomo, p. 3696.

nada del derecho vigente resultando arbitraria. Agrega además que resulta violatoria del principio de legalidad, y que —por la forma en que se resuelve— revela una situación de gravedad institucional (fs. 353/367).

La Sala I de CCAyT declara inadmisibile el recurso del GCBA. Los magistrados afirman que el decisorio atacado se circunscribió a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —las leyes 3706, 4036 y el dec. 690/GCBA/06 y modificatorios—. Entienden que el recurso interpuesto solo refleja discrepancias respecto de la manera en que se había valorado la prueba y la realidad judicial verificada y destacan que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional (fs. 395/397).

4. El GCBA interpone recurso de queja por ante este Tribunal. El recurrente manifiesta que “...en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas...” -con cita de las causas “Mantovano” Expte. 3098/04, “Pons” Expte. 3236/0 y “Panza” Expte. 4270/05 (fs.70).

Sobre el particular, destaca que su parte en modo alguno había omitido prestar asistencia habitacional de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, y que el amparo no resultaba ser la vía idónea para cuestionar la forma en que las autoridades de aplicación ejecutaron los programas habitacionales bajo análisis.

Afirma también que la Cámara al propiciar el rechazo, había dictado una sentencia que prescinde de la norma constitucional aplicable (art. 14 de la CCABA), en tanto omitió ponderar que la prestación había sido cumplida, tornando la cuestión planteada en abstracta por ausencia de un acto lesivo.

Insiste en que se condena al GCBA afectando su garantía del debido proceso, su derecho de defensa en juicio, así como en la existencia y tacha de arbitrariedad formuladas (fs.70/75 del expte 10477).

La Fiscalía General propicia el rechazo del recurso articulado por el GCBA (fs. 170/172).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. La queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402.

2. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que el actor *i*) inició éstas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna; y *ii*) que “conforme la documentación de fs. 32 y 41/41 vuelta posee una discapacidad mental” (fs. 342/350 vuelta, de la sentencia de Cámara) que le impide superar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra y que está en situación de calle (fs. 277/290 vuelta; 350 vuelta). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

3. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que hizo lugar al recurso de la parte actora —en los términos ya reseñados en los “resulta”.

Ahora bien, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia

de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 342/350 vuelta; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

Así lo votamos.

La jueza INÉS M. WEINBERG dijo:

La cuestión planteada en autos es sustancialmente análoga a la suscitada en el expediente “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: KMP c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014, cuya copia se incorporará a este expediente. Por las razones que expresara en mi voto para esa causa, a las que me remito, corresponde rechazar la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad o de gravedad institucional.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar parcialmente los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 342/350 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique la jueza de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXX - FARIÑA, ERNESTO GABRIEL Y FLEITAS, ALEXANDER S/INFR. ART(S). 189 BIS C.P. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO; Y SUS ACUMULADOS: EXPTE. SAPCYF N° 10.223: MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FARIÑA, ERNESTO GABRIEL Y FLEITAS, ALEXANDER S/INFR. ART. 189 BIS, C.P.; Y EXPTE. SAPCYF N° 10.225: MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FARIÑA, ERNESTO GABRIEL Y FLEITAS, ALEXANDER S/INFR. ART. 189 BIS, C.P.

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Cuestión no constitucional.

Expte. SAPCyF n° 10.285/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Con fecha 10/4/2013, la mayoría de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió revocar la resolución de primera instancia que dispuso hacer lugar a la excepción de falta de acción —frente al supuesto vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria— y sobreseer a los dos jóvenes involucrados (fs. 366/373 y 327/330, respectivamente). En esta misma resolución, la Sala II —también por mayoría— hizo cesar la intervención del Ministerio Público Tutelar en las presentes actuaciones, en razón de haber alcanzado ambos involucrados la mayoría de edad.

2. Los dos defensores oficiales intervinientes en este caso —frente a la existencia de intereses contrapuestos entre ambos jóvenes— dedujeron dos recursos de inconstitucionalidad (fs. 380/390 y fs. 394/407, respectivamente) y el asesor tutelar ante la Cámara —que intervino en representación de solo uno de ellos— también impugnó aquel pronunciamiento, a través del recurso de inconstitucionalidad que se encuentra agregado a fs. 411/423.

En resumen, el Ministerio Público de la Defensa denunció —en ambas presentaciones— la afectación de la garantía que tutela el “plazo razonable” de duración del proceso, el derecho de defensa en juicio, los principios *pro homine*, de legalidad, de igualdad, de razonabilidad y el desconocimiento del deber de velar por el interés supe-

rior de los jóvenes involucrados. A su vez, el Ministerio Público Tutelar denunció que la exclusión del proceso del único órgano especializado en materia de niñez y adolescencia se apartaba del plexo constitucional y convencional e implicaba la inoperatividad de los principios que la rigen.

3. Llegan a conocimiento del Tribunal el recurso de inconstitucionalidad del asesor tutelar ante la Cámara (expte. n° 10285) que fue concedido por la Sala II (fs. 443/447) y también dos recursos directos que fueron interpuestos por el Ministerio Público de la Defensa, a favor de los jóvenes Fleitas (expte. n° 10223, fs. 555/563) y Fariña (expte. n° 10225, fs. 645/652); recursos que, a su turno, fueron acumulados por tener directa vinculación con la decisión impugnada y por encontrarse en la misma instancia procesal (fs. 463)

4. El Fiscal General tomó intervención con relación a todos los recursos en trámite ante el Tribunal e interpuestos por ambos Ministerios Públicos (fs. 459/462 y 655/660, respectivamente) y dictaminó que todos ellos debían ser rechazados, porque no habrían logrado plantear cuestiones constitucionales y en el caso de los deducidos por la defensa, además, porque no habían cuestionado una resolución que revistiera carácter de “definitiva”.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Corresponde analizar en primer lugar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad que fue articulado por el Ministerio Público Tutelar y, en este aspecto, se debe concluir que aunque satisface los requisitos de tiempo y forma ha sido mal concedido por el tribunal *a quo*.

En efecto, tal como lo desarrolla el Fiscal General en su dictamen (a fs. 459/462), el recurrente no ha logrado demostrar la configuración, en el caso, de una cuestión constitucional en torno a la interpretación que —de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal— efectuó la mayoría de la Cámara sobre el art. 40 RPPJ y tampoco ha logrado exponer nuevas razones que permitan derribar los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundamentar su doctrina relativa a los alcances de la legitimación de la Asesoría Tutelar para intervenir en procesos en los cuales los jóvenes imputados han alcanzado la “mayoría de edad” (*in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘R., J. L. s/inf. art. 189 bis, C.P.’”, expte. n° 7287/10, resolución del 27/4/2011 y *mutatis mutandi*, “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘V., J. E. D. s/infr. art. 129 1° párrafo del C.P.’” expte. n° 8171/11, resolución del 28/12/2011).

Al respecto, tal como lo señaló el tribunal *a quo* en la decisión recurrida y también lo puso de manifiesto el Fiscal General, es “un hecho [que] no [ha sido] controvertido que tanto [E. F.] como [A. F.] a la fecha en que se dictara el decisorio cuestionado, ya habían adquirido la mayoría de edad” (fs. 461); circunstancia que —es menester resaltarlo— fue expresamente reconocida por otra integrante del Ministerio Público Tutelar que intervino en el caso, en representación del joven E. F., y que la condujo a sostener que en virtud de “lo establecido por el art. 128 del Código Civil, *cesó de pleno derecho*” toda intervención con relación a una persona plenamente capaz (fs. 364 y 441).

2. Los recursos de hecho, interpuestos por los defensores oficiales de los imputados, deben seguir la misma suerte. Si bien han sido articulados en tiempo y forma

(art. 33, ley 402) no pueden prosperar porque los recursos de inconstitucionalidad que fueron denegados por la Cámara (a fs. 443/447) no se dirigieron contra una sentencia definitiva (art. 27, *ibídem*), ni contra un auto que, en virtud de sus efectos y de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, resulte equiparable a una decisión de esa especie. Ello es así, toda vez que la resolución del tribunal *a quo* que revocó la decisión anterior, que había hecho lugar a la excepción de falta de acción intentada a favor de los imputados —frente al presunto vencimiento del plazo de la IPP—, no le puso fin al proceso, no impidió su continuación y lo cierto es que tampoco puede extraerse de la argumentación de la que buscan valerse los recurrentes que, en el caso, existan circunstancias demostrativas del gravamen de imposible reparación ulterior que se invoca.

En tal sentido, aunque ambos defensores alegan la posible afectación de la garantía del “plazo razonable” de duración del proceso, lo cierto es que no han logrado demostrar apropiadamente la relación que existe entre dicha invocación y lo aquí resuelto. La circunstancia de que se haya revocado el pronunciamiento que dispuso que este proceso tenía que ser archivado no permite determinar *per se* que aquí se encuentra involucrada la garantía que invocan y tampoco autoriza a presumir que, hasta que en autos se dicte una sentencia definitiva, vaya a transcurrir un lapso tan prolongado que —en sí mismo— sea capaz de causarle a los encartados un perjuicio que no admita reparación ulterior. En otras palabras, la invocación que se hace en torno a esta garantía constitucional no es más que una mera afirmación que no ha sido respaldada —en ninguna de las dos presentaciones— por un desarrollo argumentativo concreto o atendible que justifique que tal pretensión requiera “tutela inmediata”.

En el caso, a criterio de la mayoría del tribunal *a quo* y sin perjuicio de los diversos planteos que habían realizado o propuesto válidamente quienes representan o asistieron a los dos imputados, no era posible sostener que la tramitación del caso hubiese afectado el derecho de los imputados a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable. Al respecto, se indicó que “aceptar el criterio contrario conduciría a soluciones irrazonables puesto que las causas venidas de extraña jurisdicción en cuya mayoría se encontrarían holgadamente superados los plazos de la etapa preliminar aquí estipulados, se habilitaría el archivo automático de las actuaciones lo que constituye a todas luces un absurdo jurídico” y que “[s]i bien no puede desconocerse que el establecimiento de plazos que el investigador debe tender a cumplir busca realizar el derecho (...) a ser juzgado en un plazo razonable, lo cierto es que la consecuencia de extinguir la acción (...) que acarrea el archivo adoptado jurisdiccionalmente, solo ha de recaer en aquellos supuestos en [los] que el proceso, considerado en su conjunto, durase más allá de lo admisible, no atendiera [a] una tramitación diligente o reflejase dilaciones innecesarias; es decir, teniendo en cuenta las especificidades propias de cada investigación” (fs. 368 y vuelta). En tal sentido, de acuerdo a lo que surge de la reseña que se hace en el voto mayoritario de la decisión que mediante esta vía se busca objetar (fs. 368 vuelta y 369), luego de que la Justicia Nacional de Menores declaró su incompetencia para seguir entendiendo en el legajo, la causa fue remitida a la Justicia de la Ciudad el día 24/4/2012. Inmediatamente después, el juez de mérito envió el caso a la Fiscalía de turno el 27/4/2012 y se formuló requerimiento de juicio el 15/5/2012.

En mi opinión, los recurrentes fallan tanto al desarrollar fundamentos que permitan excepcionalmente asimilar el pronunciamiento a uno definitivo, como también en la exposición del caso constitucional, que, eventualmente, podría justificar la intervención del Tribunal, pues no logran fundamentar de qué forma lo resuelto se relaciona con la garantía insistentemente aludida en sus recursos, de manera tal que se justifique la intervención excepcional que se peticiona; y, asimismo, la consideración de las

particulares circunstancias —de hecho y prueba— tenidas en cuenta por el tribunal *a quo* para concluir que no correspondía ordenar el cierre de un proceso como el presente, en el que a los pocos días de que se recibió la causa en la órbita local se clausuró la investigación penal preparatoria, tampoco surte por sí solo la competencia constitucional que le corresponde a este estrado ejercer. Ello es así, máxime cuando no se advierte en las presentaciones efectuadas por los recurrentes un desarrollo argumentativo contundente que ponga en evidencia el absurdo de las conclusiones a las que arribó la mayoría de la Cámara.

Al respecto, ninguno de los defensores que han tomado intervención con relación a estos jóvenes en conflicto con la ley penal han logrado poner en crisis las conclusiones sintetizadas previamente; y, en consecuencia, las explicaciones doctrinarias o dogmáticas que han brindado con respecto a la garantía del plazo razonable, prescinden del hecho incontrastable de que, si hubo algún período de tiempo en el cual —según opiniones particulares— la causa pudo sufrir alguna tardanza en obtener un pronunciamiento de mérito definitivo, ella pudo deberse al —válido— trámite inicial que tuvo lugar en el ámbito de la Justicia Nacional, al amparo de otras normas procesales (art. 5, RPPJ), o al tratamiento que debió imprimírsele a los planteos efectuados de manera legítima a favor de los involucrados, luego de que estas actuaciones arribaron a conocimiento de la Justicia local, sin que puedan advertirse —al menos no a simple vista o con relevancia en clave constitucional— demoras o dilaciones desmesuradas o injustificadas que descalifiquen lo resuelto por el tribunal *a quo*.

3. Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de la Asesoría Tutelar de Cámara, rechazar las quejas que han sido interpuestas por el Defensor General y por el Defensor General Adjunto e intimar a los recurrentes a que hagan efectivo el depósito (art. 34, ley 402) o bien a que acrediten concretamente las circunstancias que los eximen de hacerlo (mi voto, *in re*, “Szlukier”).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Ana María Conde.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En primer lugar, tal como lo señala la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Asesoría Tutelar.

En efecto, el recurrente no ha logrado demostrar la configuración, en el caso, de una cuestión constitucional en torno a la interpretación que —conforme a la jurisprudencia de este Tribunal— hicieron los jueces de mérito del art. 40 RPPJ, ni ha logrado exponer nuevas razones que permitan derribar los fundamentos brindados por este Tribunal para sustentar su doctrina sobre los alcances de la legitimación de la Asesoría Tutelar para intervenir en procesos en los que los menores de edad imputados han alcanzado la mayoría de edad (conf. este Tribunal, *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘R., J. L. s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 7287/10, resolución del 27/4/2011 y *mutatis mutandi*, “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘V., J. E. D. s/infr. art. 129, párr. 1° del C.P.’” expte. n° 8171/11, resolución del 28/12/2011).

2. En segundo término, los recursos directos presentados por los representantes del Ministerio Público de la Defensa, aunque interpuestos por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley 402), tampoco pueden prosperar.

Este Tribunal ha dicho reiteradamente que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso no reúnen, por regla, el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27, ley 402 (“Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255 —apelación—’”, expte. n° 3338/4, resolución del 1°/12/2004, entre muchos otros).

Además, los recurrentes no han demostrado que la decisión cuestionada —que revocó aquella resolución que había hecho lugar a la excepción opuesta por la defensa y dictado el sobreseimiento de los imputados en razón del vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria— pueda ser equiparada a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. En ese sentido, la defensa no ha logrado conectarla con garantías que requieran de una tutela inmediata por parte de este Tribunal (véase, entre otros, *mutatis mutandi* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benitez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.’”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007).

3. En efecto, tal como lo expone en su voto la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, que en lo sustancial comparto, al margen del acierto o error de la interpretación desarrollada por los jueces del caso, lo cierto es que los representantes del Ministerio Público de la Defensa no han logrado demostrar la relación entre las garantías que invocan y la decisión que cuestionan. En las quejas se propone otra interpretación posible de las reglas procesales locales aplicadas al caso y una diversa valoración de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta en la resolución recurrida, sin que se demuestre que la cuestión exceda el ámbito que es propio, por regla, de los jueces de mérito. En definitiva, de lo que se trata es de la interpretación de preceptos de rito, de naturaleza infraconstitucional (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/inf. art.(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/infr. art(s) 129, 1° párr., exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/2011, y sus citas, y más recientemente, “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Gamboa, Juan Carlos s/inf. art. 150, C.P., violación de domicilio’”, expte. n° 8882, resolución del 13/3/2013 e “Incidente de apelación en autos Veira, Marcelo Daniel s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9714/13, resolución del 15/4/2014).

4. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Asesoría Tutelar y rechazar las quejas presentadas por los señores Defensor General y Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas. Por último, en cuanto al depósito que reclaman las quejas vencidas, corresponde intimar al cumplimiento de su integración, dado que los imputados no se encuentran dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni han acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re*: “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. n°

724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 16 y ss.; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczyk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—”, expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 437 y ss.; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación—”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con mis colegas en que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asesoría General Tutelar a fs. 411/423 vuelta, pues no viene controvertido que, al momento de su interposición (conf. el cargo de fs. 423 vuelta), los jóvenes A. F y E. F ya habían alcanzado la mayoría de edad (conf. fs. 33/34 y 46). Esta circunstancia llevó a la Cámara *a quo* a dar por concluida la intervención de la Asesoría Tutelar en las presentes actuaciones (conf. fs. 373), decisión que tiene sustento suficiente en razones de hecho y prueba y una interpretación del derecho infraconstitucional —cuya aplicación tampoco ha sido controvertida— no revisable en esta instancia. Por último, vale aclarar que los imputados cuentan con la representación de sendas defensas oficiales, quienes, por lo pronto, han ejercido en todo momento su ministerio en cumplimiento y resguardo de los derechos y garantías de sus asistidos.

2. También corresponde rechazar las quejas interpuestas por el Defensor General y el Defensor General Adjunto, porque la sentencia de Cámara que revocó la resolución de grado que, en lo que ahora importa, había resuelto hacer lugar a la excepción de falta de acción solicitada por la defensa y sobreseer a los imputados, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, ni se ha acreditado que ponga en vilo una garantía constitucional o federal solo susceptible de tutela inmediata.

3. Primeramente, respecto del agravio según el cual habría vencido el plazo para llevar a cabo la investigación penal preparatoria, no viene controvertido que la audiencia de intimación a responder por el hecho prevista en el art. 45 RPPJ no ha tenido lugar aun en el marco de las presentes actuaciones (conf. fs. 3689). En tales condiciones, el plazo para llevar a cabo la investigación penal preparatoria no ha comenzado a correr. La audiencia de intimación a responder por el hecho, además de tener asignado un carácter claramente defensivo (conf. art. 45 RPPJ y arts. 28 y 161/168 del CPP), constituye un acto indispensable para provocar el proceso jurisdiccional (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente por pedido de archivo en autos NN, NN s/infr. Art. 96, lesiones en riña - C.P. [p/L 2303]’”, expte. n° 9813, resolución del 13/8/2014).

4. Además, las partes recurrentes pretenden que se revoque la resolución impugnada, pues, a su criterio, el plazo que habría insumido la tramitación del expediente habría vulnerado la garantía de ser juzgado en un plazo razonable (386 vuelta y 396 vuelta). Sin embargo, dichos planteos vienen formulados con prescindencia de las constancias de la causa, en tanto no se hacen cargo, mínimamente, de las razones que dio la Cámara para rechazarlos, al explicar que “[s]i bien no puede desconocerse que el establecimiento de plazos que el investigador debe tender a cumplir busca realizar el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, lo cierto es que la consecuencia de extinguir

la acción penal que acarrea el archivo adoptado jurisdiccionalmente, solo ha de recaer en aquellos supuestos en que el proceso, considerado en su conjunto, durase mas allá de los admisible (...) características que no se dan en el supuesto analizado”(conf. fs. 368/368 vuelta). En ese sentido, los jueces afirmaron que “(...) no se advierte en autos una notable incompatibilidad del tiempo empleado en la etapa preparatoria con el derecho del imputado a obtener un juicio sin demoras. Nótese que desde que se iniciaron los presentes actuados el 8/4/2011 se refleja en las constancias obrantes en autos una actividad procesal constante, sin dilaciones indebidas” (368 y 369).

5. Por las razones que desarrollé al votar *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: ‘Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/9/05, a las que me remito, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de la Asesoría Tutelar de Cámara y rechazar las quejas interpuestas por el Defensor General y por el Defensor General Adjunto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Dada la acumulación dispuesta a fs. 463 de los recursos correspondientes a los expedientes n° 10223 y n° 10225 y a los efectos de una mayor claridad en la exposición de mi voto, atenderé por separado cada uno de los remedios procesales interpuestos.

Recurso de inconstitucionalidad de la Asesoría Tutelar

1. El asesor tutelar interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 411/423) —que fue concedido a fs. 443/447 vuelta— contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de fecha 10/4/2013 (fs. 366/373) que resolvió hacer cesar la intervención de la Asesoría Tutelar por haber cumplido la mayoría de edad las personas imputadas en las presentes actuaciones.

Se sigue de las constancias de autos —y sin controversia alguna— que los jóvenes Fariña y Fleitas nacieron el día 7/1/1995 y 5/1/1994, respectivamente (conf. fs. 33/34 y 46 de los autos principales). La interposición del recurso en análisis ocurrió el día 29/5/2013, fecha en la que ambos ya habían alcanzado la mayoría de edad. Esta circunstancia afecta la intervención del Ministerio Público Tutelar, provocando el cese de su actuación y define el rechazo del recurso de inconstitucionalidad (conf. mi voto en autos “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘V., J. E. D. s/infr. art. 129, 1° párrafo, del C.P.’”, expte. n° 8171, resolución del 28/12/11). De ningún modo este temperamento afecta los derechos de defensa de los imputados, puesto que tienen designada su defensa pública.

Recursos de queja del Ministerio Público de la Defensa

2. Los defensores oficiales de los jóvenes Fariña y Fleitas interpusieron, en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), dos recursos directos a fs. 645/652 y fs. 555/563 respectivamente, contra el auto denegatorio de fecha 4/9/2013.

En ambas presentaciones, las defensas articularon una crítica adecuada y suficiente dirigida contra la postura de la Cámara según la cual la resolución impugnada no constituye una sentencia equiparable a definitiva. En efecto, el defensor de Fariña sostuvo que dicha decisión “resulta equiparable por la índole de la cuestión debatida —garantía del plazo razonable—, en tanto que la interpretación restrictiva que se hiciera en autos le produce a [su] asistido un gravamen actual de imposible reparación poste-

rior, consistente en la continuación del proceso a pesar de haber expirado el plazo previsto por la ley para la sustanciación de la investigación...” (fs. 648 vuelta). En igual sentido argumentó la defensa de Fleitas, al considerar que la tutela de la garantía del plazo razonable no podría reeditarse en otra oportunidad procesal posterior aun cuando recayera sentencia absolutoria a favor de su defendido dado que “el perjuicio que el apelante hubiera querido evitar ya se habría soportado.” (fs. 558).

Finalmente, las defensas criticaron, correctamente, la falta de caso constitucional alegado por el *a quo* en tanto que la cuestión que traen a debate a esta instancia se refiere a una garantía constitucional —la de ser juzgado en un plazo razonable— aparentemente afectada por el temperamento suscripto, en mayoría, por la Sala respecto de la aplicación del art. 47 del RPJ, en concordancia con los arts. 104 y 105 del CPPCABA.

Por lo tanto, habré de admitir ambas quejas.

Recursos de inconstitucionalidad del Ministerio Público de la Defensa

3. Admitidos los recursos directos, corresponde tratar los agravios constitucionales presentados por los defensores de Fleitas y Fariña a fs. 527/540 vuelta y fs. 617/628, respectivamente.

Las defensas se agravan, sustancialmente, por encontrarse afectada la garantía constitucional de plazo razonable a favor de sus defendidos durante la tramitación de la investigación penal preparatoria como consecuencia del resolutorio de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de fs. 518/525, respecto de la aplicación y alcances de los arts. 47 del RPJ y 104 del CPPCABA.

En efecto, la Sala revocó la decisión del juez de primera instancia que había declarado extinguida la acción seguida contra los imputados por vencimiento del plazo en la investigación penal preparatoria —art. 47 del RPJ y arts. 104 y 105 del CPPCABA— sobreyéndolos.

Para fundar el temperamento, los jueces De Langhe y Bosch dijeron que de las constancias de la causa no surge “una notable incompatibilidad del tiempo empleado en la etapa preparatoria con el derecho del imputado a obtener un juicio sin demoras.” (fs. 521), acordaron que el plazo dispuesto por el art. 47 del RPPJ comienza a correr a partir de la declaración del imputado y aunque reconocieron que en el fuero local a ninguno de los imputados se les tomó la audiencia del art. 45 del RPPJ, el requerimiento a juicio fue presentado por el MPF “a poco de cumplirse un mes de haber ingresado las actuaciones a este fuero.” (fs. 520). En definitiva, los magistrados no consideraron la existencia de dilaciones indebidas ocurridas durante la investigación penal preparatoria.

En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 527/540 vuelta, la defensa de Fleitas denunció arbitrariedad en la sentencia de la Sala dado que esta hizo una interpretación inconstitucional del art. 47 del RPPJ que la privó de sus alcances, y valoró inadecuadamente la actividad procesal que desplegaron las autoridades judiciales durante la sustanciación del presente legajo tanto en sede nacional como local.

En efecto, el defensor de Fleitas sostuvo que: “...[d]esde la fecha de inicio de esta causa hasta la fecha, han transcurrido más de dos años, como consecuencia de una serie de demoras adjudicables exclusivamente a las autoridades estatales;... desde que la causa ingresó en el fuero hasta la presentación del requerimiento de juicio fiscal, transcurrieron veintiún días, lo cual excede ampliamente el plazo perentorio de quince días previsto por el art. 47, RPPJ, reglamentario de la garantía de plazo razonable...” (fs. 533 vuelta). Asimismo, y luego de reseñar los antecedentes de la causa, la defensa expresó que “la investigación permaneció inactiva por término de 20 días, a pesar de que estaba en condiciones de ser requerida a juicio en la misma fecha en que se radicaron las actuaciones en la sede del Equipo Fiscal “C”... el Juez local se demoró tres

días en remitir la causa a la Fiscalía interviniente... el MPF certificó los antecedentes de los imputados, y previa advertencia explícita respecto de que en autos habría operado el término previsto en el art. 47 RPPJ, dispuso el pase de los autos a despacho para resolver la situación procesal de los imputados...”(fs. 534 vuelta/535). Finalmente, el defensor consideró que, más allá del plazo que prevé el art. 47 del RPPJ para desarrollar la investigación penal preparatoria en casos de flagrancia, la garantía del plazo razonable también se lesionó de acuerdo a las pautas de razonabilidad procedentes de la jurisprudencia interamericana, según las cuales debe analizarse la complejidad del asunto, la actividad procesal del imputado y la conducta de las autoridades judiciales.

En este sentido, el defensor sostuvo que desde la aprehensión de su defendido el día 8/4/2011 hasta el requerimiento de elevación a juicio, transcurrieron más de dos años, circunstancia que es irrazonable a la luz de las constancias de autos que la defensa en el escrito en cuestión, analizó con detenimiento (conf. fs. 539 y ss.).

Por su parte, el planteo de la defensa de Fariña fue coincidente con la de su par al denunciar que la Sala se apartó de lo estipulado por el art. 47 del RPPJ y que ello “derivó en una verdadera desaplicación de la norma en cuestión, a pesar de que se registraron evidentes dilaciones, aun desde la fecha en que la causa ingresó a este fuero, todas ellas atribuibles de manera exclusiva a las autoridades estatales...” (fs. 624/624 vuelta).

4. Ahora bien, de las constancias de la causa surge que:

- a) el 8/4/2011 fueron aprehendidos en flagrancia los jóvenes Fleitas y Fariña, de acuerdo al acta de detención y notificación de derechos, y en la misma fecha se les notificó la formación del legajo penal en ocasión al delito de portación de arma de fuego y la intervención del juzgado nacional de menores n° 3;
- b) el 2/5/2011 el juez de instrucción registró como imputados a Fariña y Fleitas. Luego decidió declinar su competencia y remitir el legajo de instrucción al juzgado nacional de menores n° 3;
- c) el 11/5/2011 fueron recibidas las actuaciones por el juzgado nacional de menores (fs. 86);
- d) el 5/8/2011 la jueza de menores decidió recibirles declaración indagatoria a los imputados (fs. 119);
- e) el 18/10/2011 se le tomó declaración indagatoria (art. 294 del CPPN) a Fleitas (fs. 134/135);
- f) el 1º/11/2011 la jueza de menores decretó el procesamiento de Fleitas (fs. 140/143);
- g) el 5/3/2012 se le tomó declaración indagatoria (art. 294 del CPPN) a Fariña (fs. 176/176 vuelta);
- h) el 8/3/2012 se decretó el procesamiento a Fariña (fs.183/186);
- i) el 30/3/2012 el Ministerio Público Fiscal de la Nación pidió se declare la incompetencia del fuero nacional y se remitan las actuaciones a la justicia del fuero local (fs. 191);
- j) el 12/4/2012 la jueza de menores declaró la incompetencia del fuero nacional para seguir entendiendo en las actuaciones y remitió el legajo al fuero local (fs. 196/197);
- k) el 27/4/2012 se remitieron las actuaciones (fs. 200);
- l) el 2/5/2012 el MPF local consideró previo a todo que el juez sorteado se expida sobre la competencia;
- m) el 4/5/2012 el juzgado recibió el legajo y el 10/5/2012 se volvió a remitir — sin más— al equipo C de la UF;

- n) el 14/5/2012 lo tuvo por recibido el MPF y la fiscalía advirtió, en lo que aquí importa, que: 1) habría operado el término del art. 47 de la ley 2451 y 2) que desde que la causa llegó al fuero de la CABA no le fue notificado a los imputados la radicación de los autos (fs. 204);
- ñ) el 15/5/2012 se formuló el requerimiento de juicio por los mismos hechos que le fueron imputados a Fariña y Fleitas en sede nacional.

No luce ninguna constancia de que se haya celebrado la audiencia que prescribe el art. 161 del CPPCABA.

5. De lo transcrito advierto que le asiste razón a las defensas por cuanto el temperamento adoptado por la Alzada afectó de modo directo la garantía de ser juzgado en un plazo razonable de los aquí defendidos. Tal como surge de las constancias del legajo del juicio, desde que Fleitas y Fariñas fueron aprehendidos en flagrancia en fecha 8/4/2011 hasta el requerimiento de elevación a juicio formulado por el MPF local el 15/5/2012, el tiempo transcurrido —más de un año— lesionó fatalmente la garantía de razonabilidad traída a discusión.

En efecto, y a contrario de lo que sostienen los jueces, una lectura atenta del legajo pone en evidencia determinadas demoras que lucen injustificadas desde una perspectiva constitucional. Obsérvese, por ejemplo, el tiempo insumido entre la detención de los imputados (8/4/2011) y la declaración de incompetencia de la justicia nacional declinada a favor de la justicia nacional de menores (2/5/2011) y la recepción efectiva del expediente por la jueza de menores designada (11/5/2011). De modo que —en un primer momento— el sistema judicial desatendió lo normado por el art. 294 del CPPN respecto de la procedencia de la indagatoria.

Asimismo, entre el 31/5/2011 y el 22/6/2011 la causa permaneció inactiva —encontrándose Fleitas y Fariña registrados ya como “imputados” (fs. 83)— y fue recién en fecha 5/8/2011 que la jueza de menores decidió indagar a los jóvenes. Fleitas fue indagado y procesado, según lo prescribe el art. 294 del CPPN, el 18/10/2011 y el 1º/11/2011, respectivamente; mientras que a Fariña se le tomó indagatoria el 5/3/2012 y se dictó su procesamiento el 8/3/2012, luego de varios intentos para dar con su paradero sin advertir que el joven se encontraba institucionalizado en el Instituto Rocca a la orden del TOC de Menores n° 1 (fs. 172).

Por otro lado, entre las indagatorias tomadas y el dictado de la declaración de incompetencia por parte del fuero nacional de menores a favor del fuero local (12/4/2012) y desde esta última fecha hasta la remisión efectiva del legajo el 27/4/2012 (fs. 200) a la UIT, el tiempo transcurrido aparece irrazonable de cara al objeto del proceso, ocasionando demoras injustificadas a los jóvenes —ya procesados— respecto de su situación penal. Circunstancias que hasta acá prolongaron la incertidumbre de ambos imputados, agravadas por el hecho de que fue llevada a cabo una instrucción que se desentendió de las normas procesales generales que hacen a su regulación.

La Sala, a su vez, no prestó atención, y por ende avaló, el injustificado período de tiempo que en la justicia local ocurrió entre el 27/4/2012 hasta el 14/5/2012, fecha en la que el MPF recibió —por segunda vez— el legajo penal remitido por el juzgado de garantía local con motivo de la cuestión de la competencia.

Asimismo, los camaristas no evaluaron el reconocimiento que hizo la fiscalía local a fs. 204 de que el plazo dispuesto por el art. 47 del RPPJ estaba vencido y que hasta ese momento los jóvenes imputados no tenían conocimiento de la radicación de la causa ante el fuero local. A pesar de ello, el MPF formuló el requerimiento de juicio el 15/5/2012, sin pedir prórroga en ningún momento —si es que dicha posibilidad cabía— y omitió, a su vez, intimar de los hechos según lo prescribe el art. 161 del CPPCABA.

Esta falta hace suponer que la fiscalía —y así lo constata el requerimiento realizado en cuanto a los hechos que le fueron imputados a ambos jóvenes— equiparó el acto del art. 161 del CPPCABA con las indagatorias realizadas en sede nacional de conformidad con el art. 294 del CPPN.

De este modo, tienen razón las defensas cuando argumentan que las actuaciones una vez ingresadas a la justicia local, estaban en condiciones de ser elevadas a juicio sin más. No obstante ello, sucedieron lapsos temporales que no encuentran, a mi modo de ver, razón alguna que los justifique. Insisto, no hacen más que perjudicar a los imputados en sus garantías constitucionales cuando ninguna responsabilidad puede adjudicársele en dicha tardanza.

El art. 47 del RPPJ estipula, en lo que aquí es pertinente, que “[l]a investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa (90) días a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal Penal Juvenil deberá solicitar prórroga al/la Juez/a Penal Juvenil...”. Seguidamente, indica que “[e]n caso de flagrancia el plazo de la investigación preparatoria será reducido a quince (15) días prorrogables hasta por quince (15) días más en los mismos términos que en el párrafo anterior.”

Por regla general los plazos se computan por días hábiles o aquellos que se habiliten, y los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones que se dispongan legalmente (conf. arts. 68, 69 y 70 CPPCABA).

El mandato contenido en el art. 47 del RPPJ tiene por finalidad garantizar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 75 inc. 22 C.N. y arts. 7.5 y 8.1 CADH). Cumplido el término indicado solo cabe el archivo de las actuaciones (conf. art 2 RPPJ que habilita la remisión al art. 105 CPPCABA). En otros términos, el mero transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria.

La manda legal que invoca la cuestión de la “intimación del hecho” resalta que “se deberá hacer inmediatamente si estuviera detenido, cuando compareciera en los casos de flagrancia y cuando lo/a cite al efecto.” (art. 161 del CPPCABA). Tal acto, como ya advertí, no fue celebrado en esta causa.

Como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1/2/2006) la exigencia de la razonabilidad en el plazo de un proceso, —art. 8.1 de la Convención Americana— está en función de considerar tres elementos: *a)* la complejidad del asunto, *b)* la actividad procesal del interesado, y *c)* la conducta de las autoridades judiciales (conf. punto 132).

En primer término, el caso objeto de investigación no reviste demasiada complejidad, especialmente, si los jóvenes fueron aprehendidos en flagrancia junto a la disposición de secuestro del arma y que fueron identificados por el personal policial de modo inmediato. Por lo cual, llegado el legajo a instancia judicial, el juzgado interviniente ya tenía un conocimiento de la edad de los jóvenes y del acto presuntamente imputado y tipificado.

En segundo lugar, no surge de las constancias del expediente que la actividad procesal de los procesados haya obstaculizado el procedimiento ordinario durante las instancias penales sucedidas en sede nacional y local. Se desprende del legajo que tanto Fariña como Fleitas, en un momento dado, se encontraban internados en determinados institutos por orden de otros jueces en otras causas seguidos contra ellos, razón por la cual, sus paraderos no presentaron inconvenientes para ser localizados. Tampoco surge que las defensas hayan propiciado dispendios procesales. Lo que emerge del expediente son dispendios jurisdiccionales asociados a cuestiones de competencia y en ciertos

momentos peritajes que no fueron notificados a los imputados. Tales circunstancias no son imputables a las personas acusadas.

Finalmente, observo que las conductas de las autoridades judiciales a lo largo del proceso iniciado el 8/4/2011 hasta el 15/5/2012, para un caso como el de autos, fueron desatentas con los criterios de diligencia e inmediatez. Los operadores judiciales locales a pesar de informar sobre omisiones y vencimientos de plazo de acuerdo a los hechos del expediente, prosiguieron con el proceso intentando arrimar motivos que justifiquen dichos dispendios. Pero lo cierto es que desde una perspectiva constitucional no tienen asidero normativo. La Cámara, avaló una transgresión de tiempo prescindiendo de las garantías constitucionales que las normas locales resguardan.

Corresponde hacer lugar al planteo de las defensas en orden al agravio constitucional invocado.

6. En consecuencia, voto por declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad concedido de la Asesoría General Tutelar; hacer lugar a los recursos de queja de la Defensoría General y hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad de fs. 380/390 y fs. 394/407 y, en consecuencia, ordenar el archivo de las actuaciones.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General, por unanimidad con respecto al punto 1 y por mayoría con respecto a los puntos 2 y 3,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Asesoría Tutelar de Cámara.

2º. *Rechazar* los recursos de queja interpuestos por el Defensor General y por el Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

3º. *Intimar* a los recurrentes a que en el plazo de 5 días integren el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXI - GÓMEZ, CARLOS ALBERTO C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Reserva de la cuestión federal.

.....

Expte. SACAyT n° 10.305/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Carlos Alberto Gómez fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 279/282.

Mediante el escrito de fs. 287/288 aduce que “[e]l concepto de ‘vulnerabilidad’ se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las probanzas que se harán valer en la instancia de grado, de manera que en ese orden de ideas no existe aun sentencia definitiva” (fs. 287 vuelta).

Manifiesta que no recurrirá la sentencia y solicita que se “...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a mi situación de vulnerabilidad y a mi situación de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías una vez que se arribe a la sentencia del tribunal superior de la causa”.

Además, el actor destaca que “...procede el mantenimiento de la medida cautelar en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente al que se hizo referencia en el párrafo anterior (...) / En efecto, hasta que se arribe a la decisión que resuelva el litigio que se ha planteado en el presente proceso y se encuentre firme, continúa la virtualidad de la sentencia que ordenó la medida cautelar, por cuanto la Cámara deberá tramitar ante esos estrados las diligencias necesarias para definir los alcances de las pautas fijadas por el Tribunal con relación a mi particular situación. Por otra parte ese ha sido el criterio adoptado por [el Tribunal] en la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Angel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCA-BA)’”, Expte. TSJ N° 4270/05.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la “reserva” de la cuestión “constitucional y federal”, que sostiene involucraría el concepto de “vulnerabilidad” (fs. 287 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a mi situación de vulnerabilidad y a mi situación de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA ... todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si llegara a resultar pertinente, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que los planteos relativos al “mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente” no fueron abordados por el Tribunal en el fallo pronuncia-

do en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, tales planteos deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por el Tribunal —sentencia que no he suscripto por hallarme en uso de licencia—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 279/282.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener* presente la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Carlos Alberto Gómez.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 282, punto 4.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCLXXII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN METRORED TELECOMUNICACIONES C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS

Tributos. Facultades tributarias de la Ciudad de Buenos Aires: alcances, procedencia. Poder de policía. Uso y ocupación de la superficie, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo. Antena de transmisión: régimen jurídico.

1. Resulta incongruente que el GCBA reclame el pago por el uso del espacio aéreo de dominio privado, ya que el único sujeto legitimado para exigirlo es el titular del dominio, quien en ejercicio de su derecho de propiedad puede autorizar o no la instalación de una antena en su propiedad, y negociar las condiciones económicas para ello. Lo contrario sería una situación similar a que el Estado pretendiese cobrar un alquiler por la locación de un bien del dominio privado. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

2. El Estado se encuentra facultado para cobrar un tributo cuando otorga un beneficio, privilegio o ventaja al particular al levantar una prohibición existente, sin que resulte determinante qué forma escoge el legislador, si su causa es parafiscal o fiscal, si se encuentra sujeta a un permiso administrativo o no. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

3. La imposición de una carga como contraprestación por el beneficio obtenido por el contribuyente, al permitírsele desarrollar alguna actividad que originariamente estaba prohibida, supone que fue consentida por aquel. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

4. La circunstancia de que el permiso es otorgado o mantenido a solicitud del contribuyente supone un consentimiento que debe tenerse en consideración a la hora de examinar el cuestionamiento de la pretensión del fisco. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

5. El GCBA tiene facultades para cobrar sumas de dinero a los ciudadanos que piden el beneficio de que se levante una prohibición legalmente establecida porque esa situación de ventaja frente a otros sujetos de derecho, muestra razonable la exigencia de una carga. La forma que elija el legislador para hacer cumplir esa obligación se supone consentida por el contribuyente al momento en que pide el beneficio y que le es otorgado. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

6. El hecho de que la antena con estructura portante se encuentre emplazada sobre un inmueble particular, no significa que el espacio aéreo que se proyecta sobre aquel se encuentre exento del poder de policía. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

7. Sin perjuicio de que el GCBA carezca de titularidad sobre el inmueble respecto del cual se encuentra instalada la antena, este puede ejercer los poderes de policía y de imposición tributario que le son propios, para controlar —y respecto de ellas gravar— las actividades que se desarrollen en su jurisdicción. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

8. El Código Fiscal expresamente establece que la instalación de antenas con estructura portante —sin discernir sobre la titularidad inmueble donde se asientan— deben respetar las normativas del código de Edificación local (conf. párr. 2º art. 275 CF), por lo que cualquier restricción que surja de esta reglamentación respecto de un dominio privado no podrá ser entendida como una afectación del derecho de propiedad de los particulares. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

9. El legislador pretende gravar el emplazamiento de antenas y estructuras portantes como consecuencia de las externalidades negativas que estas generan dentro del ejido urbano, sin diferenciar si su emplazamiento se desarrolla sobre un dominio público o privado. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

10. El ejercicio de poder de policía de los órganos administrativos, si bien está sujeto a limitaciones de raigambre constitucional, se aplica sobre aspectos en que sus habitantes están directamente afectados, promoviendo el bienestar general y asegurando el orden público mediante limitaciones impuestas tanto a su actividad individual como colectiva. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

11. Ante la potencialidad dañosa que la instalación de una antena puede representar en el planeamiento urbano —siendo por ello pasible de distintos controles y fiscalizaciones administrativas—, el legislador local ha decidido imponer en cabeza de su dueño, y mientras exista como tal, un gravamen por el “uso y ocupación del espacio aéreo” que estas estructuras ostenten. (*Voto en disidencia de la juez Inés M. Weinberg*).

Expte. SACAyT n° 9590/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Metrored Telecomunicaciones SRL inició demanda contencioso administrativa contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), a fin de impugnar la resol. n° 3669/SHyF/04, que desestimó el recurso jerárquico contra la resol. n° 940/DGR/2004 (fs. 1/38 de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

Relató que fue intimada por la Dirección General de Rentas a ratificar o rectificar los datos expuestos en la planilla elaborada por esa Dirección, de las supuestas antenas instaladas en jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires. Aclaró que dicha norma se refiere a los gravámenes aplicables sobre el uso y ocupación de las superficies, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo. Posteriormente, la empresa impugnó dicha intimación, por considerar que no correspondía la aplicación de dicho gravamen dado que el servicio se desenvuelve en el marco de la Ley Nacional de Telecomunicaciones n° 19.798, la cual exime a la empresa del tributo por tratarse de una prestadora de un servicio público (art. 39). Expresó además que la antena está instalada sobre un bien privado, sito en Av. Paseo Colón n° 505, y que la aplicación de un gravamen por el uso y ocupación del espacio privado contraría las disposiciones del art. 2518 del Código Civil. Sus agravios fueron rechazados mediante la providencia n° 10768/DGR-D/2003, contra la cual se interpuso recurso de reconsideración, resuelto negativamente por resol. n° 940/DGR/2004. Finalmente, el recurso jerárquico contra esta última fue desestimado por la resolución n° 3669/SHyF/2004, que se impugna mediante la demanda.

Agregó que, posteriormente, el GCBA procedió a emitir boletas de deuda en las cuales se liquidó la contribución por uso y ocupación del espacio público y privado.

A fs. 235/241 la actora amplió la demanda, y expresó nuevos argumentos contra la resolución atacada.

2. A fs. 248/318 vuelta contestó demanda el GCBA. Manifestó que la actividad que realiza la actora no es servicio público, defendió la validez del acto administrativo atacado, y enfatizó el carácter restrictivo para interpretar las exenciones, y el principio de igualdad en materia tributaria, así como la autonomía tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley nacional n° 19.798.

Por su parte, a fs. 571/579, la jueza de grado resolvió hacer lugar a la demanda, con costas. Para así decidir, la Sra. magistrada hizo una reseña normativa, citando normas de las leyes nacionales n° 19798 y n° 22016, y del dec. 14/PEN1994 —mediante el cual se ratificó el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento—, y arribó a la conclusión de que, según dicha reseña, “...se advierte que las normas nacionales disponen la exención del gravamen relacionado con el uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo a cualquier prestador del servicio de telecomunicaciones” (fs. 577 vuelta), entre los que se halla la empresa actora. Y agregó, que dicho servicio “...es de carácter nacional en tanto constituye ejercicio del comercio, promueve el bienestar general y la prosperidad de la Nación, tal como lo prescribe el art. 75 incs. 18 y 19 de la C.N. Es en virtud de esta cláusula del progreso que el Estado Nacional se encuentra facultado para conceder exenciones tributarias de orden nacional y local, de modo que los gobiernos locales no interfieran ni obstaculicen la consecución de tales actividades, en consonancia con lo dispuesto en el art. 75 inc. 30 de la Carta Magna” (fs. 578 vuelta).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de apelación (fs. 583), y expresó agravios a fs. 602/625 vuelta, los cuales fueron contestados por la parte actora a fs. 627/654 vuelta.

A su turno, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechazó el recurso intentado por la demandada, y confirmó la procedencia de la acción (fs. 664/670), por distintos argumentos a los ofrecidos por la Sra. jueza de grado. En efecto, los jueces de la Cámara sostuvieron que “...la antena propiedad de la actora se encuentra instalada sobre el espacio aéreo de un bien particular, el que por oposición no integra el domi-

nio público del estado local, única situación de hecho contemplada por la norma federal y resguardada de la imposición local. // En este aspecto y como he señalado, el art. 2.158 del Código Civil dispuso que ‘...*El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo...*’. Lo que este artículo legisló fue un principio que reconoce como excepción las restricciones regidas por el derecho administrativo, impuestas en distintas leyes especiales para salvaguardar el interés público...// Lo cierto es que en la legislación local, actualmente no existe una norma que contemple el uso del espacio aéreo privado oponible para el supuesto de autos y si bien el GCBA argumentó que la antena afecta el espacio aéreo de la ciudad, el que constituye espacio público gravado por la normativa fiscal (fs. 290 vuelta), no esgrimió ningún fundamento de derecho apreciable para justificar su afirmación” (fs. 668).

Posteriormente, afirmó que la naturaleza del gravamen reclamado es un canon, y que “...no habría la posibilidad de reconocer al gobierno local una potestad para reclamar el pago de un canon a alguien que no está utilizando un bien de su propiedad” (fs. 669).

4. A fs. 674/693 vuelta el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad.

Centró el caso constitucional en la afectación que la sentencia del *a quo* provocaba a la percepción de sus tributos. Alegó que el pronunciamiento violaba el principio de congruencia, porque el *a quo* se había pronunciado sobre cuestiones que estaban firmes; que el espacio privado también se hallaba gravado; y que no se trataba del cobro de un canon.

El recurso de inconstitucionalidad fue contestado por la parte actora (fs. 701/713 vuelta), y declarado inadmisibile por la Cámara (fs. 715/716 vuelta).

Ante el rechazo, la demandada articuló recurso directo ante el Tribunal (fs. 225/242 de la queja).

A fs. 260/266 el Sr. Fiscal General propició que se hiciera lugar a la queja y se rechazara el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA ha sido introducida en legal tiempo y forma, sin embargo no puede prosperar, toda vez que los argumentos expresados en su recurso directo resultan insuficientes para rebatir los motivos que tuvo en cuenta la Cámara para declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, referidos a la inexistencia de un genuino caso constitucional.

2. La sentencia de la Cámara rechazó el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y confirmó la procedencia de la demanda interpuesta por Metrored Telecomunicaciones SRL, por fundamentos diferentes a los expresados en la sentencia de primera instancia.

Esencialmente, consideró que:

- a) no se configuraba un supuesto en que sea aplicable la exención tributaria prevista en el art. 39 de la ley 19.798, que se refiere exclusivamente al uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, pues la cuestión de autos se refiere a una antena propiedad de la actora instalada sobre el espacio aéreo de un bien particular;
- b) la prestación pecuniaria exigida por el art. 275 del Código Fiscal (t.o. 2003) se trata de un “canon”, y en consecuencia el GCBA no puede exigirle el pago del mismo a quien no está utilizando un bien de su propiedad, como ocurre con la actora, cuya antena está instalada en propiedad privada;

- c) luego de descartar que se tratase de una “tasa” o “contribución”, y aún en el supuesto de interpretarse que lo reclamado fuera un impuesto, se daría un supuesto de inexistencia de una hipótesis de incidencia del gravamen, pues el Código Fiscal y la Ley tarifaria n° 1011 no previeron monto alguno para el uso de un espacio aéreo privado,. De manera tal que su exigibilidad violaría el principio constitucional de reserva de ley, ya que no pueden aplicarse las normas tributarias de manera analógica a supuestos no previstos en ella.

3. Contra dicha resolución, el GCBA presentó su recurso de inconstitucionalidad, en el cual expresó los siguientes agravios:

- a) sostuvo que la Cámara violentó el principio de congruencia, al resolver ignorando todos los argumentos que fundaron la sentencia de primera instancia, y que fueron motivos de agravio en el recurso de apelación, obviando el límite de su jurisdicción impuesto por dicho recurso. En tal sentido, entendió la demandada que la sentencia de la Cámara violó el principio que prohíbe la *reformatio in peius* y la garantía de la doble instancia, al haber tenido en cuenta argumentos planteados por la actora en su demanda, en lugar de los planteados por la demandada en el recurso de apelación (fs. 678/679 vuelta);
- b) entendió que el espacio privado también está gravado. En tal sentido, sostuvo que no resultó controvertido que el inmueble sobre el que se asentaba la antena es un bien particular, pero que ello no significa que todo el espacio aéreo que se proyecta sobre él también sea de dominio privado, pues sería insostenible jurídicamente que la propiedad privada se proyectare en el espacio aéreo hasta el infinito. El art. 2518 CC no sirve de apoyatura legal para sostener tamaña afirmación, pues de ser así, toda la normativa que regula la utilización del espacio aéreo (sobre tráfico aéreo, telecomunicaciones, etc.) estaría en pugna con dicha norma. Por último, agregó que surge de la misma norma que rige el caso —art. 275 del Código Fiscal (t.o. 2003)— que el dominio privado también está gravado, pues su encabezado reza: “Uso y ocupación de las superficies, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo: y en el cuerpo del escrito se refiere a la instalación de antenas con estructura portante” (fs. 681/687vuelta);
- c) afirmó que el gravamen establecido en dicha norma no se trata de un canon. En tal sentido adujo que más allá de que la norma lo denomine de esta forma, la obligación que se discute es un gravamen que nace por el poder de imperio del Estado, y no de la voluntad de las partes (como es el caso del canon, que es obtenido por el Estado como contraprestación de un permiso de uso o concesión sobre sus bienes). Siguiendo esta línea de razonamiento, entendió que el canon no podría encontrarse en una ley tarifaria, toda vez que surge de la voluntad de las partes, y no del poder de imperio estatal;
- d) por último, se refirió a la obstrucción en la percepción de la renta pública que genera el pronunciamiento.

4. En cuanto al agravio referido a la violación del principio de congruencia, no puede prosperar pues el recurrente no logra demostrar que la Cámara se haya apartado de los objetos del proceso y del recurso de apelación que debió resolver, tal como fue delineado por las pretensiones y defensas de ambas partes.

En primer lugar, si bien la sentencia de Cámara confirmó la procedencia de la demanda pero por argumentos diferentes a los desarrollados en primera instancia, ello no implica una violación del principio de congruencia, pues en virtud del principio

iura novit curia, los jueces deben aplicar el derecho aún con prescindencia del invocado por las partes.

Por otra parte, los argumentos tenidos en cuenta por la Sala II, respecto del carácter privado del inmueble sobre el cual está instalada la antena como motivo para eximir al contribuyente del pago del “canon” del art. 275 C.F. año 2003, ya habían sido invocados por la actora desde su escrito de inicio, y el hecho de que no hayan sido admitidos por la sentencia de primera instancia no obligaba al actor a interponer recurso de apelación, pues al admitirse su demanda (con fundamento en la exención consagrada en el art. 39 de la ley 19.798) carecía de interés jurídico que lo habilitase a impugnar la sentencia.

Sin embargo, esto no significa que las argumentaciones expresadas en la demanda que no fueron tenidas en cuenta por el Sr. juez de grado para resolver hayan devenido fútiles e irrevisables por las instancias superiores. No resulta sostenible, entonces, el agravio de la demandada, según el cual la Sala II debería haber acotado su análisis solo a los argumentos debatidos en la expresión de agravios y en su contestación.

Y por último, tampoco tiene acogida el agravio relativo a la violación de la garantía de la doble instancia, pues dicha garantía está establecida por la C.N. y el Pacto de San José de Costa Rica en materia penal, y siempre a favor del imputado. En esta causa, quien sugiere que ha mediado una violación a dicho principio es el Estado local, en una causa contencioso administrativa, la cual consta de dos instancias de amplio debate y prueba, tal como están establecidos dichos procesos en el orden de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. Las críticas referidas a la cuestión de fondo (procedencia o no del cobro a la actora del concepto previsto en el art. 275 C.F. año 2004), tampoco pueden ser atendidas en esta instancia ya que no logran construir un genuino caso constitucional.

El debate que plantea el GCBA en sus recursos de inconstitucionalidad y queja, gira en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de la obligación prevista en el art. 275, C.F. año 2003, del carácter público o privado del espacio aéreo en que se encuentra instalada la antena de la actora a la luz del art. 2518 Cód. Civil, y de la configuración legislativa o no del hecho imponible que se pretende gravar en autos. Como podemos apreciar, todas ellas constituyen cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional que, en principio, deben ser analizadas y resueltas por los jueces de mérito, y por ende resultan ajenas al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva extraordinaria.

6. Tampoco corresponde realizar una excepción en este caso, pues el recurrente no logra demostrar que el tribunal *a quo* haya incurrido en errores groseros que descalifiquen a su sentencia en cuanto acto jurisdiccional válido.

6.1. El fundamento esencial en que se basó la sentencia de Cámara para resolver de la manera en que lo hizo, radica en que el GCBA no podría exigir el pago de un canon por la utilización de un bien que no es de su propiedad sino de personas privadas, y que aún si se tratase de un impuesto tampoco sería exigible pues el hecho imponible (uso del espacio aéreo privado) no estaría configurado por ninguna norma legal. Para cuestionar este razonamiento, el GCBA aduce que la prestación pecuniaria consiste en un impuesto y no en un canon, y que el art. 275 C.F. año 2003 contemplaba como hipótesis de incidencia también el uso y ocupación del dominio privado.

6.2. Así expuesta la discrepancia, en primer lugar debemos determinar si en la situación de autos se intenta gravar la ocupación del espacio aéreo de dominio público o privado.

El art. 2518 Cód. Civil establece que “la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares”, y que

“el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo”. Esto implica que el propietario puede ejercer su derecho en el espacio aéreo que le corresponde, claro está sin hacerlo abusivamente (conf. art. 2514, Cód. Civil) y sin perjuicio de las restricciones físicas y jurídicas que puedan existir —por ejemplo, las derivadas de la aeronavegación—.

No obstante que la norma no fija límites a la proyección del dominio en el espacio aéreo, no se discute que el dominio de los particulares se extiende únicamente hasta donde es posible su utilización, o sea hasta donde las necesidades prácticas lo imponen, criterio que según Legón fue del propio derecho romano que no optó por un teórico dominio privado ilimitado. Por encima del límite del aprovechamiento aparece el dominio público del estado [Llambías, Jorge J. - Alterini, Jorge H., “Código Civil Anotado”, tomo IV-A Derechos Reales, 3ª reimpresión, pág. 314, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1993].

En consecuencia, corresponde al derecho privado, civil, todo lo atinente a los derechos que puedan pertenecerle al superficiario sobre el espacio aéreo que cubre su inmueble, y al derecho administrativo, dada la condición jurídica del espacio aéreo, le incumbe todo lo atinente al uso de dicho espacio en el interior del Estado, ya se trate de un uso realizado por el Estado mismo, o por los administrados, mediante permisos o concesiones [MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. V, 4ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 717/718].

En el caso de autos, el GCBA pretende cobrar derechos por la ocupación del espacio aéreo por parte de una antena y su estructura portante de la actora, instalada en la terraza de un edificio en Paseo Colón 505. Como no existe discrepancia respecto de que la antena se encuentra circunscripta a la terraza del edificio, es decir que está localizada en el espacio aéreo aprovechable por el titular de dominio del inmueble, y ni siquiera se menciona la posibilidad de que avance sobre la vía pública, a la luz del citado art. 2518 Cód. Civil cabe concluir que se trata de un supuesto de ocupación del espacio aéreo de *dominio privado*.

6.3. En un segundo paso del análisis, debemos dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la prestación pecuniaria exigida en autos.

El título VI del Código Fiscal del año 2003 (t.o. decreto 319/2003) regula los “gravámenes por el uso y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la *vía pública*” (el subrayado no se encuentra en el original). En el art. 270 establece que “(L)a ocupación y/o uso de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo de la *vía pública* obliga al pago de un gravamen con las tarifas y modalidades que establezca anualmente la Ley Tarifaria” (el destacado no se encuentra en el original), y luego describe, en los artículos siguientes, distintos supuestos de ocupación y/o uso de la vía pública, con la única excepción del art. 275, que se titula “(U)so y ocupación de la superficie, *espacio aéreo de dominio público o privado* y subsuelo” (el destacado no se encuentra en el original), y que establece en su párr. 3º —aplicable al caso de autos— que “(L)as empresas particulares poseedoras de antenas existentes o a instalar del tipo mencionado anteriormente, se hallen o no en servicio, abonarán un canon establecido en la Ley Tarifaria.”

Por su parte, la ley tarifaria n° 1011 (para el año 2003), en su capítulo V, se refiere al “uso y ocupación de la superficie, subsuelo y espacio aéreo del *dominio público*” (el destacado no se encuentra en el original). El art. 25 dispone que “...los derechos por ocupación y/o uso de la superficie, subsuelo y espacio aéreo del *dominio público*, se pagan de conformidad con las normas que se establecen en los artículos siguientes” (el destacado no se encuentra en el original), y en su art. 30 establece los montos a abonar por cada antena y su estructura portante.

De una lectura integral de las normativas fiscal y tarifaria, podemos concluir, en términos generales, que la situación que gravan consiste en el uso y la ocupación de la

superficie, subsuelo y espacio aéreo de la *vía pública*, y que disponen el pago de una prestación pecuniaria como contraprestación por el “uso especial” del dominio público —concepto diferenciado del “uso común” de la colectividad— que ejercen determinadas personas autorizadas por el Estado.

Ahora bien, en cuanto a la obligación prevista en el párr. 3º del art. 275 C.F. año 2003, si bien la norma legal la califica como un “canon”, el GCBA sostuvo en su recurso que es irrelevante la denominación normativa, toda vez que en el caso se trata de un gravamen que nace por el poder de imperio del Estado, y no de la voluntad de las partes. Más allá de la denominación utilizada por la norma, huelga discernir cuál es la realidad económica subyacente de esta obligación, a los fines de establecer si se trata en realidad de un canon o de un tributo local, pues la naturaleza de un tributo no depende del nombre que se le dé, sino de su estructura jurídica y del concepto financiero que merezca.

Según el Dr. Marienhoff, a cargo del permisionario o del concesionario de ‘uso’ del dominio público, el Estado puede establecer una prestación económica, que generalmente consiste en el pago de una suma de dinero, que se denomina “canon”. El canon no constituye un impuesto, y solo en algunos casos de concesiones de uso sobre bienes públicos integrantes del llamado dominio ‘artificial’ (calles, puertos, etc.) podrá considerársele como ‘tasa’ siempre que efectivamente constituya o represente el pago de un ‘servicio’ del Estado. En los demás casos, y en especial en los permisos o concesiones de uso sobre bienes integrantes del llamado dominio ‘natural’, el canon constituye una mera ‘modalidad’ de la concesión o permiso [MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. V, 4ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 472]

En el caso del art. 275, párr. 3º, C.F. año 2003, el pago obedece a la posesión de una antena con estructura portante, existente o a instalar, por el uso y ocupación del espacio aéreo. Dicho “canon” no constituye un impuesto, pues lo que genera la obligación de pago no es el acaecimiento de un hecho demostrativo de determinada capacidad contributiva, sino el uso u ocupación del dominio público.

En otras palabras, la situación fáctica descrita, a pesar de estar regulada por las normas fiscales y tributarias reseñadas, reviste naturaleza administrativa y no tributaria, lo que transforma al “canon” en ajeno a las instituciones tributarias y al poder tributario [conf. GARCÍA BELSUNCE, Horacio A.: “Las retribuciones que perciben los municipios bonaerenses por el uso del dominio público municipal no son tributos”, *LLBA*, 2006, 569; *Impuestos*, 2006-5 (marzo), 685].

6.4. Sentado lo expuesto, podemos avocarnos a resolver si resulta válida la pretensión del fisco porteño de gravar la ocupación del espacio aéreo privado con una antena con estructura portante.

Ahora bien, descartada la naturaleza tributaria del “canon” exigido en autos, resulta incongruente que el GCBA reclame su pago por el uso del espacio aéreo de dominio privado, ya que el único sujeto legitimado para exigirlo es el titular del dominio, quien en ejercicio de su derecho de propiedad puede autorizar o no la instalación de una antena en su propiedad, y negociar las condiciones económicas para ello. Lo contrario sería una situación similar a que el Estado pretendiese cobrar un alquiler por la locación de un bien del dominio privado.

Este argumento, sustancialmente similar al expuesto en el apartado 10.2 de la sentencia de Cámara (fs. 668/669), no ha sido rebatido por el recurrente. Más allá de expresar que el art. 275 C.F. año 2003 gravaba también el espacio aéreo de dominio privado, el GCBA no expresó motivos valederos que justifiquen la legitimidad de la pretensión fiscal debatida en autos, ni que demuestren que el análisis integral del art.

2518 Cód. Civil y de la normativa fiscal y tarifaria aplicable que realizara la Cámara resulte insostenible.

Y es que, contrariamente a lo manifestado por el recurrente, considero que la alusión que realiza el título del art. 275 C.F. año 2003 al “espacio aéreo de dominio público o privado”, analizada en el contexto en el que está inserta, debe relacionarse con lo previsto en su párr. 2º, que crea un derecho de instalación que deben pagar las empresas por cada antena con estructura portante que instalen, las cuales pueden ser instaladas en bienes de propiedad privada. Sin embargo, de ello no puede inferirse que el GCBA pueda cobrar un canon por el uso de un bien que no le pertenece.

Por estos motivos, los cuestionamientos dirigidos por el GCBA contra la cuestión de fondo decidida en autos no tendrán favorable acogida.

7. El planteo relativo a la obstrucción de la renta pública, tampoco resulta atendible, pues la sentencia dictada por el a quo no ha obstaculizado arbitrariamente el cobro de los créditos fiscales, sino que se limitó a analizar la legitimidad de una pretensión concreta del fisco local y la rechazó, con fundamentos serios y detallados, en ejercicio de la misión encargada por el plexo constitucional al Poder Judicial relativa al control de legitimidad de los actos y omisiones de la Administración Pública

8. En cuanto al cuestionamiento de la regulación de honorarios por altos, cabe mencionar que no existe una mínima fundamentación que justifique la intervención de este Tribunal en una cuestión (la valoración y determinación del monto de los honorarios profesionales) que reviste carácter fáctico y procesal, y que resulta propia de los jueces de mérito.

9. En conclusión, los argumentos contenidos en la impugnación constitucional, si bien invocan normas y principios establecidos en la Carta Magna, no resultan suficientes para habilitar la instancia de este TSJ mediante el recurso intentado. Resulta aplicable, entonces, la doctrina de este Tribunal según la cual “la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que, si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (conf. este Tribunal in re “Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja”, exp- te. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y ss.).

En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja deducida por el GCBA.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de hecho fue interpuesto por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402. Sin embargo, coincido con mi colega la doctora Ana María Conde en que corresponde su rechazo.

2. La queja articulada no logra rebatir argumentativamente las razones por las cuales la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad que pretende sostener.

El a quo rechazó el remedio intentado por considerar que no se configuraba en la especie un caso constitucional tal como exige el art. 27 de la ley 402 a los fines de su procedencia (conf. fs. 223/224 vuelta) descartando, puntualmente, la verificación de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, motivos que el recurrente no logra desarticular con éxito mediante su presentación directa.

Es que la queja intentada, como se verá, no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta, suficiente y fundada del auto denegatorio del recur-

so de inconstitucionalidad (*in re*: “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, sentencia del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 92 y ss.), omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrar que en el *sub lite* se halla habilitada la vía recursiva que excita (doctrina de *Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En efecto, a pesar de la extensión de su libelo, la demandada se ha limitado a reeditar en la queja los argumentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad —conf. el escrito de fs. 225/242 vuelta con aquel que obra a fs. 189/208 vuelta—, sin desplegar nuevos argumentos atendibles tendientes a rebatir la denegatoria del a quo, para fundar la habilitación de la instancia excepcional cuya apertura pretende y que le fuera negada por la Cámara, todo lo cual torna infundado al planteo que se agita ante este Estrado.

3. Por lo demás, no puede dejar de puntualizarse que se encuentra discutida en autos la procedencia de un gravamen que, independientemente de justificarse en la posesión de antenas o en el uso del espacio —público o privado— para su ubicación y la de las estructuras que las porten, se relaciona directamente con la prestación del servicio de telecomunicaciones, y que a su respecto, la intención del legislador nacional —ley 19.798 mediante— ha sido evitar la incidencia de los distintos gravámenes sobre dicha actividad. En dicho marco, debe recordarse que, conforme la constante y actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las normas que consagran exenciones impositivas no deben interpretarse con el sentido más restringido que el texto admita, sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (confr. mi voto *in re*: “Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCyT)”, expte. n° 3072/04, sentencia del 19/5/2004; en el cual desarrollé *in extenso* la temática y a cuyas citas me remito en homenaje a la brevedad).

En consonancia con lo expuesto —y más allá de la opinión que vertiera al emitir mi voto *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 8445/11, sentencia del 8/8/2012—, no se han desarrollado atendibles razones que justifiquen un apartamiento respecto del criterio, aplicable *mutatis mutandi*, sentado por el Alto Estrado recientemente a partir de las causas “NSS S.A. c/GCBA s/proceso de conocimiento” —Registro del Alto Tribunal Letra N, Número 271, Libro XLVIII, y Número 253, Libro XLVIII—; “Telefónica de Argentina SA c/GCBA s/impugnación de Actos administrativos” —Registro del Alto Estrado Letra T, Número 441, Libro XLVII—; y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos ‘Telefónica de Argentina SA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’” —Registro del Alto Tribunal Letra G, Número 1132, Libro XLVIII—, todas con sentencia del 15 de julio del corriente año.

La improcedencia de la pretensión fiscal se ve robustecida, a mayor abundamiento, por el hecho de que en la causa no se ha logrado demostrar acabadamente que el hecho o circunstancia que se pretender generador de la obligación de pago por la parte actora se encuentre contenido en la hipótesis de incidencia tributaria tal como fuera definida por el legislador en las pertinentes normas de la parte especial del Código

Fiscal llamado a regir el caso, o, incluso, en las correspondientes prescripciones de las respectivas Leyes Tarifarias.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, tal como propicia la jueza de trámite en su voto, entiendo que corresponde rechazar el recurso directo articulado por el GCBA. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA fue recibido en el Tribunal dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402. Sin embargo, debe ser rechazado.

2. Al declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad del Gobierno, los jueces (fs. 224) resaltaron:

- i) que “(...) los argumentos vertidos por el recurrente se limitan a disentir con la decisión adoptada y con la interpretación que en el caso se efectuó de las normas tributarias locales, de naturaleza infraconstitucional”;
- ii) que “(...) para arribar a la solución adoptada, fueron analizados los argumentos jurídicos y las pruebas adoptadas, como así también todas las cuestiones relativas a los hechos, su prueba y adecuación a las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional, acompañadas de adecuada fundamentación”;
- iii) que “(...) se trataron aspectos (...) vinculados a la relación de las partes en el ámbito del derecho tributario local, su determinación e imposición”;
- iv) que “(...) las garantías y principios constitucionales genéricamente invocados por la demandada no guardan relación directa e inmediata con lo decidido...”; y
- v) que “(...) el recurrente no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intentan (sic) vincular sus agravios con normas constitucionales —locales o nacionales— lo hace en forma genérica y sin vincular las normas constitucionales citadas con las circunstancias de la causa”.

Asimismo, los magistrados descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

3. Tal como lo destaca mi colega José O. Casás, la presentación directa de fs. 225/242 no satisface la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

Las consideraciones vertidas en el recurso en examen no alcanzan a rebatir los argumentos que expusiera la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

El quejoso se limita a afirmar que planteó cuestiones constitucionales vinculadas con la afectación de los principios de congruencia y legalidad, y con la supuesta obstrucción de la percepción de la renta pública, y luego reitera los señalamientos expuestos en su recurso de inconstitucionalidad.

Sin embargo, las manifestaciones referidas no fueron acompañadas de una exposición seria que —desde la perspectiva constitucional— las justifique o respalde.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 09/4/2001).

En síntesis, las deficiencias de la presentación de la Ciudad sellan su suerte adversa e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja de fs. 225/242.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, cuya denegatoria motivó esta queja, contra la sentencia de la Cámara que rechazó su apelación e hizo lugar a la demanda con fundamentos distintos que los mencionados por el juez de primera instancia.

La Cámara estimó inaplicable la exención tributaria prevista en el art. 39 de la ley 19.798 —invocada por la actora y con fundamento en la cual la jueza de primera instancia había hecho lugar a la demanda— porque ese beneficio estaría previsto únicamente para los supuestos de uso de espacios del dominio público y, en el caso, no se controvertió que la antena propiedad de la actora se encontraba asentada sobre el inmueble de un particular aprovechando una porción significativa de su espacio aéreo.

Descartada la aplicación de la norma federal, el *a quo* afirmó que el art. 2518 del Código Civil que establece que el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo, impedía que gravara el uso del espacio aéreo privado como lo intenta la CABA.

Expresó la Cámara que si el concepto reclamado era un “canon” por el uso del espacio aéreo, porque así lo había definido el código fiscal, no podía ser aplicado al uso del espacio por sobre los inmuebles de particulares. Por un lado porque la ley tarifaria solo establecía los montos del canon en el capítulo dedicado al uso y ocupación de espacio aéreo de dominio público y por el otro, porque “no cabría la posibilidad de reconocer al gobierno local una potestad para reclamar el pago de un canon a alguien que no está utilizando un bien de su propiedad”.

Agregó que no podía considerarse que lo reclamado fuese una tasa ni una contribución, porque el Fisco no acreditó la prestación efectiva de un servicio ni individualizó beneficio alguno para el contribuyente. Dijo que tampoco pudo interpretarse que se trataba de un impuesto porque ni el Código Fiscal ni la Ley Tarifaria previó monto alguno para el uso del espacio aéreo privado, y que no existiría hecho imponible que afectase tal manifestación de riqueza y su exigibilidad violentaría el principio constitucional de reserva de la ley en materia tributaria.

2. El GCBA afirma que la sentencia no contiene una aplicación razonada de las normas en vigor a los hechos de la causa sino que prescinde de aquellas. En primer lugar imputa a la Cámara, la violación al principio de congruencia, al resolver sin tener en cuenta sus agravios ni los argumentos del juez de primera instancia (relativos a la exención prevista en el art. 39 de la ley 19798), mientras consideró planteos de la actora que no fueron tratados en la instancia anterior (relativos a la ausencia de norma que regulasen la imposición sobre el espacio aéreo privado).

Por otro lado, ataca la sentencia en cuanto ella asumió que no existía norma alguna que gravara el uso del espacio aéreo privado. Dijo la recurrente que la Cámara omitió explicar hasta dónde alcanzaba el dominio aéreo privado que no podía extenderse hasta el infinito. Explica, cuál es ese límite, postulando que el derecho que, sobre el espacio aéreo, acuerda el art. 2518 del Código Civil alcanza “hasta donde llegue su interés útil” y que por superar ese límite resulta[ba] “estéril calificar en público o privado el espacio sobre el que se proyecta la estructura portante o la antena, ya que más allá de su naturaleza jurídica, lo cierto es que ese dominio está restringido en la medida que para colocar una antena se requiera tramitar múltiples permisos y efectuar no pocas constataciones tanto previas como mientras mantenga la antena en cuanto a su mantenimiento y conservación...” (conf. fs. 199 vuelta).

En ese sentido dijo que el *a quo* no tuvo en cuenta los argumentos que expuso su parte respecto a que se podía legislar sobre el espacio en el que estaban instaladas las antenas sin entrar a debatir si era público o privado, porque tanto la estructura portante como la antena que se encuentra en su extremo resultaban elementos peligrosos, por su

impacto ambiental y por sus características constructivas. Agregó que el GCBA tenía la obligación de controlar y fiscalizar las construcciones (a través del otorgamiento de permisos de uso y de aprobación de instalaciones eléctricas o electrónicas) y tratar de minimizar el impacto ambiental.

Prosigue criticando que la sentencia asuma que el legislador trata la obligación *sub examine* como un “canon”. Al respecto dice que no cabe estar a la denominación utilizada por el legislador porque también lo llamó gravamen y porque no toda exigencia fiscal por el “uso” de un espacio reconoce un canon como causa.

Por último se agravió porque consideró que la decisión de la Cámara obstruía la precepción de la renta pública (fs. 183/208).

3. En resumen, la sentencia busca apoyo al desconocimiento de la obligación materia del litigio no en la exención del art. 39 de la ley nacional 19.798 sino en lo que entiende como contradicción entre la ley tributaria y las cláusulas constitucionales que limitan el poder tributario del GCBA

4. El primer tema a dilucidar es, pues, la cuestionada consistencia de la obligación establecida en los arts. 275 del Código Fiscal T.O. 2003 y 30 de la LT n°1001.

Bajo el título “Uso y ocupación de las superficies, espacio aéreo de dominio público o privado y subsuelo”, el referido artículo código fiscal, en la versión vigente a la fecha del reclamo, establecía:

“...Por la instalación de antenas con estructura portante conforme a las normativas del Código de Edificación, se abona a la presentación de planos, un derecho de instalación por cada antena y su estructura portante, una tarifa según lo establece la Ley Tarifaria.

Las empresas particulares poseedoras de antenas existentes o a instalar del tipo mencionado anteriormente, se hallen o no en servicio, abonan un canon establecido en la Ley Tarifaria.”

A su turno, el art. 30 de la Ley Tarifaria disponía:

“Por derecho de instalación para cada antena y su estructura portante, independientemente de la altura sobre el nivel de anclaje, se abona \$10.000

Por una altura medida desde el nivel de anclaje, se paga:

- 1) Hasta una altura de 18m. \$400 por mes o fracción
- 2) De 18 a 45 m de altura \$800 por mes o fracción
- 3) De 45 a 75 m de altura \$1.500 por mes o fracción
- 4) Mayores de 75 m, abona por cada metro
o fracción un adicional de \$100

5. No es tarea del legislador categorizar científicamente las obligaciones acerca de las que trata. Más aún, se suele advertir acerca de los peligros que suscitan semejantes incursiones en terreno que no le es propio. Es esa tarea del intérprete, sea que lo haga como doctrinario o como juez. En este orden de ideas, el hecho imponible debe estar establecido en la ley, mientras que la causa puede ser inferida por el intérprete.

Tiene dicho la CSJN que la búsqueda de la ley aplicables que incumbe al juez no se encuentra limitada por el desarrollo argumental de las partes (*Fallos*, 329:3546; 330:2416, 330:2286). Tiene dicho, también, que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador, y que, al discurrir acerca del exacto sentido de las leyes, no debe incurrir el intérprete en un rigor formal excesivo que desnaturalice su espíritu, pues, por encima

de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando lo requiera la interpretación razonable y sistemática (*Fallos*, 331:2550). En ese sentido, las leyes deben ser interpretadas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilia y deja a todas con valor y efecto, cuidando de no alterar y de buscar por vía de la interpretación el equilibrio del conjunto del sistema (conf. (*Fallos*, 331:1234) . Esto vale aun en el campo de las normas impositivas, que no deben entenderse con el alcance más restringido que su texto admite, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla dentro de los límites constitucionales, principalmente el principio de reserva de ley (*Fallos*, 326:2987). Para hacer lugar a la intención del legislador, los jueces están autorizados a superar las imperfecciones técnicas del ordenamiento y a acudir, en la medida de lo prudente, a una interpretación armónica, funcional y sistemática (*Fallos*, 259:63; 262:470; 263:63).

6. En ese contexto, toda vez que ni el debate ni su solución despejan adecuadamente cuáles son las causas que pueden justificar obligaciones con características próximas a las aquí cuestionadas, paso a exponer un esquema muy general de aquello que puede cobrar el estado.

Para recaudar un “impuesto”, en la acepción que habitualmente dan a esta palabra los juristas, y con las características de liquidación que la ley presenta debería haber mostrado que grava una riqueza y todas las de igual especie, en proporción a su magnitud, y sin una intensidad tal que suponga confiscarlas. No es esto lo que revela la liquidación de que se trata, ya que no se tiene en cuenta parámetro alguno que exteriorice la riqueza del sujeto obligado al pago sino que la ley tarifaria solamente tiene en cuenta la altura de las estructuras, sin indicar detalles sobre las características de la antenna que, en todo caso, sería el elemento que podría indicar algún índice de riqueza.

Una segunda hipótesis es aquella en que el GCBA busca cobrar por un servicio singularmente recibido por el contribuyente. En esta categoría caben supuestos diversos, servicio requerido por quien contribuye, como el suministro de energía eléctrica, o impuesto por el estado que lo brinda, como cuando se paga la desinfección obligatoria de un vehículo para ingresar a una zona no contaminada. Según sea el caso, lo denominamos tasa, tarifa, precio. En función de la singularidad del beneficio, la relación pago-costo, que solicitud de quien contribuye y posibilidad de obtenerlo de otras fuentes, se miden la igualdad y otras garantías.

Una tercera hipótesis es que el estado cobre por el uso de su dominio, cosa que puede ocurrir sea este público o privado. Tal es el caso de la mayoría de los supuestos identificados en el Título VI del CF vigente a la fecha en que se reclamó la deuda aquí cuestionada (t.o. 2003) y que subsiste hasta la fecha en su gran mayoría. Por ejemplo lo que el Estado cobra por la ocupación de la vía pública con mesa y sillas, con kioscos para la venta de flores, con vallas provisorias, estructuras tubulares de sostén para andamio y locales de venta, con obradores, cuando se ocupa el espacio público para la realización de filmaciones cinematográficas y/o producciones fotográficas, publicitarias, de ficción televisiva y comerciales, entre otras.

Esto ha sido considerado en el debate y su solución. La Cámara para llegar a la conclusión de que en el caso se daría “la inexistencia de una hipótesis de incidencia del gravamen” expuso los argumentos por los cuales consideró que la obligación discutida no podía ser un impuesto: dijo que no existiría hecho imponible que afectase manifestación de riqueza alguna; ni una tasa, porque no se acreditó la prestación efectiva de un servicio y agregó que tampoco podía exigirse el pago de un canon porque no se

encontraba controvertido que el espacio que utilizaba la estructura portante y su antena no era del dominio público.

Noto, en cambio, la ausencia de consideración acerca de otros derechos que el estado puede poner a disposición de un particular y cobrar en consecuencia. Por una parte son los derechos reales, de naturaleza pública o privada, que asisten al estado receptor. Tal el caso de las servidumbres administrativas o civiles.

También puede el estado cobrar por adquirir un derecho válidamente negado. Así, cabe levantar excepcionalmente una limitación al dominio como las que aparecen en los códigos de urbanización, o una prohibición a desarrollar una actividad determinada como por ejemplo la portación de armas o hasta el supuesto de levantar alguna limitación a la libertad de trabajo no vinculada al dominio como por ejemplo el supuesto de las licencias de taxi. En estos supuestos, el estado puede válidamente exigir pagos.

Este último es el supuesto en que se inscribe la gabela aquí exigida por las razones que paso a exponer.

7. Los especialistas en derecho tributario contemplan la posibilidad de que el estado exija el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero a los particulares cuando se encuentran en la situación de ser beneficiados por liberarse de prohibiciones comunes a todos los sujetos de derechos.

Thomas M. Cooley¹⁷² enseña que los tributos pueden recaer sobre los permisos para realizar determinadas actividades cuyo ejercicio viene prohibido, en principio, a toda la comunidad. En esos casos, el pago del impuesto constituye un requisito para poder alcanzar o mantenerse en el goce del privilegio, esto es, la autorización (permiso) correspondiente, sin el cual el ejercicio de la actividad sería ilegal. En palabras del autor: “[u]na licencia es un derecho otorgado por una autoridad competente para realizar un acto que, sin esa autorización, sería ilegal. Un impuesto es una alícuota o suma de dinero calculada sobre la persona, propiedad, etc, del ciudadano. El privilegio obtenido por la licencia puede, por lo tanto, ser gravado en retribución del valor que tiene como propiedad.”¹⁷³

Antonio Berliri,¹⁷⁴ a quien siguió en este tema Fernando Sainz de Bujanda,¹⁷⁵ caracteriza como “prohibiciones fiscales” a aquellos tributos cuyo pago se requiere para desarrollar una actividad determinada que, de realizarse de otro modo (es decir, sin el pago del tributo), se hallaría prohibida. Señala que “...la prohibición no puede producir evidentemente por sí sola un efecto positivo, cual la transmisión de bienes de los ciudadanos al Estado, y por tanto, no puede determinar un ingreso a favor de este; para que esto se realice es necesario que aquella se combine, bien con una relación impositiva o bien con una relación de tasa, o, en fin, con un contrato...”. Agrega que cuando nos

¹⁷² COOLEY, Thomas M.: *A Treatise on the Law of Taxation: Including the law of Local Assessments*, p. 386.

¹⁷³ En su idioma original: *A license is a right granted by some competent authority to do an act which, without such authority, would be illegal. A tax is a rate or sum of money assessed upon the person, property, etc., of the citizen. The privilege obtained by the license may therefore be taxed in consideration of the property value it possesses.*

¹⁷⁴ BERLIRI, Antonio: *Principios de derecho tributario*, vol. I, traducción, Estudio Preliminar y Notas por Fernando Vicente-Arce Domingo, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, p. 312, 477 y ss.).

¹⁷⁵ SAINZ DE BUNANDA, Fernando (dir.): *Notas de derecho financiero*, t. I, Introducción y Parte General, vol. 2, Lecciones 15 a 35 Redactadas en el Seminario de derecho Financiero, Universidad de Madrid, facultad de Derecho, Madrid, 1976, p. 117

encontramos frente a una prohibición, a un límite que determina artificiosamente una necesidad y cuya desaparición frente al particular constituye para este un beneficio, la prohibición fiscal está vinculada con una relación de tasa; y explica que puede ser dictada por razones extrafiscales (por ejemplo, una prohibición de establecer una industria peligrosa), en las que la derogación de tal prohibición, se encuentra condicionada al pago de una tasa; y por razones fiscales, cuando el Estado establece un determinado límite únicamente para inducir al contribuyente al pago de una tasa (por ejemplo, el caso de los títulos extranjeros que deben ser reintegrados antes de hacer uso de los mismos en el Estado, ese refirió a los títulos de renta, las acciones, obligaciones y los demás efectos públicos emitidos por entes públicos extranjeros o por sociedades mercantiles con domicilio en el extranjero que no pueden ser vendidos ni dados en depósito o prenda, ni ser objeto de cualquier operación en las Bolsas, Bancos o entre particulares, si antes no han sido timbrados).¹⁷⁶

Achille Donato Giannini,¹⁷⁷ al referirse a las tasas, explica que "...no es exacto que el fundamento jurídico de [esta] resida en un servicio prestado por el Estado en favor del obligado, ni en el hecho de que este obtenga una utilidad cualquiera como consecuencia del desenvolvimiento de la actividad administrativa o jurídica del propio Estado, porque si bien es cierto que este elemento del beneficio o ventaja del particular que viene obligado al pago de la tasa se da efectivamente en muchos casos, y puede imaginarse con un poco de buena voluntad en otros, también es verdad que algunas veces... es solo aparente, por basarse en una situación artificiosa, como ocurre cuando el Estado señala un límite a la actividad del particular y después establece que este debe pagar una cantidad para obtener el beneficio de la remoción de esa traba”.

Benvenuto Griziotti¹⁷⁸ Al referirse a las contribuciones e impuestos especiales, los definió como la actividad desarrollada por Estado para satisfacer sus fines e intereses que puede producir beneficios especiales a individuos aislados y a sus bienes o a categorías de individuos y cosas y que, en consideración de este beneficio especial o diferencial se determina una renta particular que puede ser gravada con las contribuciones y los impuestos especiales, según que el beneficio sea individual o concierna a determinada clase de individuos común. Así distingue aquellas contribuciones que la ley italiana fija para obras públicas como caminos, saneamientos, conducción de las aguas, y para derechos de uso camineros y cloacales, de aquellos “impuestos especiales” que se exigen para concesiones de derechos y de licencias, por lo que dentro de la ley general de limitación de los derechos se crean beneficios o rentas particulares (por ejemplo la importación subordinada a permiso o a licencia, esto es el caso de adquisición del derecho a la circulación; la habilitación en cantidad limitada de farmacias, cinematógrafos, locales para apuestas y juegos y despachos de bebidas alcohólicas).

8. En ese contexto, no cabe duda que el Estado se encuentra facultado para cobrar un tributo cuando otorga un beneficio, privilegio o ventaja al particular al levantar una prohibición existente, sin que resulte determinante qué forma escoge el legislador,

¹⁷⁶ BERLIRI: ob. cit., pp. 482 y 483.

¹⁷⁷ GIANNINI ACHILLE, Donato: *Instituciones de derecho tributario*, trad. y estudio preliminar por Fernando Sainz de Bujanda, Editorial de Derecho Financiero, 1957, Madrid, p. 51.

¹⁷⁸ GRIZIOTTI, Benvenuto: *Principios de ciencia de las finanzas*, 6ª ed. italiana, acrecida y actualizada por Francesco Forte, trad. por Dino Jarach con estudio introductivo del traductor sobre *La teoría financiera de Benvenuto Griziotti* y notas de referencia al sistema financiero argentino, Depalma, Buenos Aries, 1959, pp. 32 y 140 y ss.

si su causa es parafiscal o fiscal, si se encuentra sujeta a un permiso administrativo o no. Asimismo, la imposición de una carga como contraprestación por el beneficio obtenido por el contribuyente, al permitírsele desarrollar, como en el caso, alguna actividad que originariamente estaba prohibida, supone que fue consentida por aquel (por ejemplo en el caso del permiso para la portación de armas respecto de la cual se exige el cumplimiento de requisitos establecidos en la ley y el pago de “aranceles” para su otorgamiento, estableciéndose que la credencial de Legítimo Usuario de Armas de Fuego tiene una vigencia de cinco años). La circunstancia de que el permiso es otorgado o mantenido a solicitud del contribuyente supone un consentimiento que debe tenerse en consideración a la hora de examinar el cuestionamiento de la pretensión del fisco.

9. En el caso, a la fecha en que se originó la obligación reclamada, existían requisitos que debían cumplir las empresas para la instalación de las estructuras portantes y de las antenas que provenían de distintos ordenamientos normativos y que solicitaban distintos organismos públicos. Por ejemplo, el Consejo del Plan Urbano Ambiental, a través de la Dirección General de Planeamiento e Interpretación urbanística, podía autorizar la localización de una antena (teniendo en cuenta que debía realizarse en la banda edificable de la manzana, en azoteas o edificios existentes, que debía retirarse por lo menos 3 metros de las líneas divisorias laterales de la parcela en que emplacen y de todo local habitado o habitable, debían estar ubicadas a más de 10 metros de cualquier local de primera); pero eso no le daba derecho a su instalación hasta tanto no se cumpliera con otros requisitos que debía controlar, por ejemplo, la DGFOC, o la Secretaría de Salud, o la Comisión Nacional de Comunicaciones, entre otras (conf. Acuerdo N° 45/CPUAM/03). A su turno, la DGFOC también establecía determinados requisitos para la instalación de antenas y soportes, disponiendo que para que se le otorgase el permiso o autorización debían contar, entre otras cosas, con el Informe sobre aptitud Ambiental expedido por la Autoridad de Aplicación, el referido informe de la DGPIU, el plano de la antena, planta y corte y los correspondientes a la instalación Eléctrica y Electromecánica y exigía “la constancia del Pago de Derechos establecidos en la ordenanza fiscal vigente” (conf. Disposición 535/DGFOC/03). Por otro lado la resol. n° 244/SMAYDS/01, estableció las pautas para la medición de radiaciones no ionizantes que debían ser presentadas por medio de declaraciones juradas, indicando, en lo que aquí interesa que “los puntos de medición deberán quedar perfectamente definidos, con el fin de permitir la realización de controles periódicos” (nota 1).

De las normas referidas en el párrafo anterior surge que para poder instalar una antena y su estructura portante las empresas necesitaban o necesitan un permiso o un “derecho”, que por consistir en un beneficio o privilegio respecto de otras empresas, al permitírseles el levantamiento de la prohibición general preexistente, genera cargas u obligaciones que pesan sobre el beneficiario, que no van a ser optativas o voluntarias para aquel sino que será la Administración quien las determine. Lo que es voluntario es la solicitud del permiso, pero, a partir de ese acto, consintió la carga fiscal que derivaba de aquel (levantamiento de una prohibición o limitación conexa con un impuesto).

En tales condiciones, ha quedado demostrado que el GCBA tiene facultades para cobrar sumas de dinero a los ciudadanos que piden el beneficio de que se levante una prohibición legalmente establecida porque esa situación de ventaja frente a otros sujetos de derecho, muestra razonable la exigencia de una carga. La forma que elija el legislador para hacer cumplir esa obligación se supone consentida por el contribuyente al momento en que pide el beneficio y que le es otorgado.

En el caso, el legislador estableció una tarifa por la instalación de la antena y otra por la posesión de la antena, obligación que debía pagarse trimestralmente luego de obtenido la autorización para la instalación de la antena. Podría haber establecido un solo pago por la instalación, sin embargo fijó además una tarifa trimestral mientras se mantenga instalada

10. Por otro lado, respecto de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2518 del Código Civil, resulta más que obvio que dicho artículo está en el mismo cuerpo normativo cuyo art. 2611 establece que “las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público son regidas por el derecho administrativo”. Es ilustrativa la nota del Vélez Sarsfield a ese artículo que señala que “Las restricciones impuestas al dominio solo en el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los códigos, son extrañas al Derecho Civil. La ley de Partida, por ejemplo, prohíbe que ningún edificio se arrime a las iglesias, “porque”, dice “la iglesia es casa santa de Dios”. L. 24, tít.32, part. 3ª. La ley romana prohíbe edificar cerca del palacio de los príncipes por una razón muy singular: *Nam imperio magna ab universis secreta debentur*. Las leyes u ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto, entrar en un Código Civil.”

Sobre esas bases, no se encuentra en juego en el caso el derecho de propiedad, en tanto las limitaciones o restricciones al dominio no lo modifican sino que le imponen condiciones para su ejercicio. La separación neta entre ley civil y administrativa se hacía indispensable en un sistema federal, por eso mismo ajeno a la legislación comparada de sistemas unitarios.

11. Efectuadas las conclusiones que preceden, le asiste razón al GCBA en cuanto a que la Cámara desechó los tributos cuya percepción el fisco sostiene legítima sin considerar inmotivadamente supuestos de válida imposición consistentes en acordar permiso para una actividad de otro modo vedada.

A partir del encuadre aquí formulado, corresponde a los jueces de mérito examinar nuevamente, a la luz de lo establecido en este fallo, las restantes cuestiones puestas a su consideración.

Por ello corresponde reenviar la causa a la Cámara para que se expida respecto del planteo formulado por el GCBA en su recurso de apelación ante esa instancia, en particular con relación a la aplicación de la exención dispuesta en la ley 19.798, y, en su caso, dirimir la discusión en torno a los defectos que se señalaron en la liquidación del tributo.

Por ello voto por que se admita la queja y se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad, se revoque la sentencia de fs. 121/129 y que vuelvan las actuaciones a la Sala II a fin de que emita su fallo respecto de los planeos que subsisten, tomando como interpretación de la norma tributaria la fijada en este fallo. Costas por su orden.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El GCBA acude en queja ante este Tribunal al agravarse respecto del pronunciamiento de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que rechazó su recurso de inconstitucionalidad. Considera que la sentencia atacada se encuentra desprovista de todo apoyo legal —tildándola de dogmática y carente de fundamentación—, violatoria del principio de congruencia y atentar contra la percepción de la renta pública.

Estos agravios constitucionales atribuidos a la sentencia impugnada, y suficientemente fundamentados por la recurrente en su presentación, autorizan su tratamiento por este Tribunal.

2. Por razones metodológicas, me abocaré inicialmente al reproche vinculado a la vulneración del principio de congruencia. Expresa la demandada que los jueces de Cámara se pronuncian sobre cuestiones que —entiende— se encuentran firmes, toda vez que desarrollan argumentos distintos a los que fueran motivo de agravio, violentando de esta forma su derecho de defensa.

De conformidad con el principio *iura novit curia*, los magistrados tienen el deber de examinar autónomamente la realidad fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, sin que puedan modificar el encuadre proveniente de la “*litis contestatio*” o de la petición. Tal atribución, por ser propia y privativa de la función jurisdiccional, lleva a prescindir de los fundamentos y calificaciones normativas que postulen las partes, aun cuando concordaren con ellos (*Fallos*, 329:4372).

De acuerdo a ello, es posible advertir que lo resuelto por la Alzada no se aparta de los términos en que fuera trabada la controversia. Los asuntos respecto de los cuales la Cámara resuelve la cuestión fueron introducidos por la actora al entablar demanda y reiteradas luego en sus restantes presentaciones. Se observa incluso en su contestación del recurso de apelación del GCBA (conf. fs. 627/654 del expediente principal), siendo erróneo que aquellos se debieron restringir al debate sobre la exención de la ley 19.798 propuestos por la apelante.

Se debe destacar también que, la propia recurrente al contestar la demanda (conf. fs. 47/117 vuelta) ensaya distintas defensas para rebatir las cuestiones respecto de las que se expidiera oportunamente la Alzada —gravabilidad del art. 275 del C.F. (t.o. 2003), aplicación del art. 2518 del Código Civil, etc.—, por lo que no se advierte que su derecho de defensa se encuentre violentado.

Atento a ello, toda vez que la demandada no demuestra que la Cámara se ha excedido en los límites de su competencia —apartándose tanto del objeto del proceso como de la apelación que debía resolver—, no es posible concluir que se halle vulnerado el principio de congruencia que alega, por lo que no le asistirá razón en su planteo.

3. Ahora bien, la presente cuestión se circunscribe —en palabras de la Cámara— “a dilucidar si Metrored se encuentra alcanzada por la normativa fiscal o, en otros términos, si esta contempla el uso del espacio aéreo privado” (conf. fs. 186 y vuelta).

Desde ya habré de adelantar que los jueces de Cámara realizan un análisis desacertado de la cuestión traída a su conocimiento. El *ad quem*, luego de reseñar la normativa del caso, interpreta que “en la legislación local, actualmente no existe una norma que contemple el uso del espacio aéreo privado oponible para el supuesto de autos” (conf. fs. 186), remarcando que “ni en el Código Fiscal ni en la ley Tarifaria n°1101 fue previsto monto alguno para el uso de un espacio aéreo privado” (conf. fs. 187).

Para arribar a esta solución, la Alzada se limita en indicar que el Capítulo V de la Ley Tarifaria n° 1101 establece solo los montos del canon exigido por el uso y ocupación de espacio aéreo del dominio público, omitiendo hacerlo respecto del espacio aéreo privado, a su entender, la circunstancia de autos. De esta forma, pretende simplificar la cuestión en esclarecer quién ostenta la titularidad del espacio aéreo sobre el inmueble de un particular.

Tal como se evidencia de lo actuado, no se encuentra controvertido que la antena propiedad de la actora se sitúa sobre un bien de dominio privado. Es precisamente esta circunstancia la que motiva a la Cámara a concluir —bajo el prisma del art. 2518

del Código Civil— que en el caso no se configura la hipótesis de incidencia del gravamen, toda vez que —entiende— el espacio aéreo sobre aquel no integra el dominio público del estado local sino que, en su contrario, es el propietario del inmueble el dueño exclusivo de dicho espacio aéreo. Vedando, en su concepción, de toda intromisión del Estado local respecto de dicha área.

4. Contrariamente a lo resuelto, y como advierte la Ciudad en su recurso de inconstitucionalidad, el hecho de que la antena con estructura portante se encuentre emplazada sobre un inmueble particular, no significa que el espacio aéreo que se proyecta sobre aquel se encuentre exento del poder de policía.

En este contexto, considero acertada la apreciación de mi colega, el Dr. Luis F. Lozano cuando, citando distintos precedentes de nuestro máximo Tribunal Nacional, sintetiza en su voto que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y que aquella debe entenderse de forma que su propósito se cumpla dentro de los límites constitucionales (*Fallos*, 326:2687).

En el marco de la autonomía del derecho tributario, resulta improcedente acudir al art. 2518 del Cód. Civil —como lo hacen las instancias precedentes— a fin de restringir las potestades fiscales del Estado local sobre el espacio aéreo de un bien particular. Ello así toda vez que, sin perjuicio de que el GCBA carezca de titularidad sobre el inmueble respecto del cual se encuentra instalada la antena, este puede ejercer los poderes de policía y de imposición tributario que le son propios, para controlar —y respecto de ellas gravar— las actividades que se desarrollen en su jurisdicción.

Bajo esta lógica, el Código Fiscal expresamente establece que la instalación de antenas con estructura portante —sin discernir sobre la titularidad inmueble donde se asientan— deben respetar las normativas del código de Edificación local (conf. párr. 2º, art. 275, C.F.), por lo que cualquier restricción que surja de esta reglamentación respecto de un dominio privado no podrá ser entendida como una afectación del derecho de propiedad de los particulares.

En una interpretación armónica de la norma fiscal reseñada, es posible concluir que el legislador pretende gravar el emplazamiento de antenas y estructuras portantes como consecuencia de las externalidades negativas que estas generan dentro del ejido urbano, sin diferenciar si su emplazamiento se desarrolla sobre un dominio público o privado.

El ejercicio de poder de policía de los órganos administrativos, si bien está sujeto a limitaciones de raigambre constitucional, se aplica sobre aspectos en que sus habitantes están directamente afectados, promoviendo el bienestar general y asegurando el orden público mediante limitaciones impuestas tanto a su actividad individual como colectiva.

Es justamente en este marco que, ante la potencialidad dañosa que la instalación de una antena puede representar en el planeamiento urbano —siendo por ello pasible de distintos controles y fiscalizaciones administrativas—, el legislador local ha decidido imponer en cabeza de su dueño, y mientras exista como tal, un gravamen por el “uso y ocupación del espacio aéreo” que estas estructuras ostenten.

5. Desde la óptica del principio de legalidad, el título que encabeza el gravamen establecido por el art. 275 del C.F. (t.o. 2003) expresamente alude al “uso y ocupación de las superficies, espacio aéreo de *dominio público o privado* y subsuelo” (el destacado me pertenece), disponiendo su artículo que será la Ley Tarifaria la que deberá establecer el canon a abonar en su respecto.

El art. 30 de la Ley Tarifaria n° 1001 —aplicable al caso—, se limita a instaurar un pago “por el uso y ocupación de la superficie y el espacio aéreo con postes, contra-postes, puntales, postes de refuerzo...” no distinguiendo —contrariamente de lo que

se observa en el resto del articulado— si se trata de la ocupación de espacio público o privado. Se entiende así que la norma, cuando pretendió circunscribir la cuestión al uso de espacio público, lo ha indicado expresamente, circunstancia que no se observa en el artículo citado.

De este modo, aquello que la demandada designa como “canon por portación de antena” (conf. sumario administrativo n° 53.133/04), se encuentra efectivamente contemplado por la norma fiscal como hecho imponible del respectivo gravamen, no violentando en consecuencia el principio constitucional de reserva de ley (conf. art. 51, CCABA).

A partir de lo expuesto, se logra advertir que los jueces de Alzada, para decidir en los términos señalados, se han apartado de la legislación fiscal vigente sin brindar una fundamentación plausible para ello, razón por lo que la queja articulada por el GCBA debe tener favorable acogida.

6. Como corolario, advierto que resulta injsustificado introducirse en la exegesis de los términos que el legislador decidió emplear en la norma —a fin de esclarecer si el gravamen consiste en un canon o a un impuesto— toda vez que de un análisis integral y sistemático de la normativa fiscal, se permite observar una utilización indiscriminada de aquellos.

La Corte Suprema de la Nación, remitiendo en su oportunidad al dictamen de la Procuración General, ha dicho que es propio del intérprete indagar lo que las leyes dicen jurídicamente, sin que esto signifique apartarse del texto legal, pero tampoco sujetarse rigurosamente a él cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere, por lo que ella debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan a aquellas. (*Fallos*, 330:4936).

Si bien se espera de la técnica legislativa la utilización de términos técnicos y jurídicos de modo apropiado —respetando el significado preciso que la ciencia o técnica que le concierne les aplica—, la falta de una homogeneidad terminológica en este caso, permite entender de aquellos una significación que excede el rigor conceptual de la materia tributaria.

7. Por todo lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA, revocar la sentencia apelada, y devolver las actuaciones a la Sala II del fuero Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte, con arreglo a lo que aquí se decide, un nuevo pronunciamiento respecto de los planteos que subsisten.

Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Por ello, y emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXIII - PIÑERO, ALICIA NILDA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. Jerarquía de las leyes. Dirección General de la Administración. Unidad administrativa de control de faltas. Agencia gubernamental de control. Norma general: concepto.

SUMARIO:

1. La resol. 19/GCABA/SSJUS/13 resulta ser un *acto de alcance general de eficacia interna o acto de administración*, no destinado a producir efectos jurídicos sobre relaciones ajenas a la persona jurídica pública Estado local. Se trata de una mera instrucción de servicio de un superior a un inferior jerárquico, sobre la cual puede admitirse su control en el marco de la acción intentada (art. 113 inc. 2º, CCABA), pero en modo alguno bajo la pretensión articulada por la parte, toda vez que, huelga aclararlo, no se trata de un reglamento de ejecución de la ley (art. 102, CCABA), ni resulta posible en consecuencia verificar la existencia de un exceso o excepción reglamentaria. (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

2. Aun en la inteligencia de que la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 pudiera entenderse con efecto reglamentario sobre la ley o el bloque normativo que refiere, no se observa un conflicto de incompatibilidad insalvable entre sus disposiciones. En modo alguno se verifica un conflicto o contraposición irrisoria entre la resolución atacada y el espíritu normativo de la transferencia establecida por la ley 4340 —Agencia Gubernamental de Control— en los términos generales en que ha sido normada por la Legislatura local. (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

3. El Poder Ejecutivo es el órgano, en principio, competente 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. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

4. Para que una norma pueda ser considerada “general” debe producir un dispositivo con persistencia temporal respecto de sujetos indeterminados, es decir establecer una regla de conducta que se inserte en el ordenamiento cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

5. La ley de ministerios 4013, es la herramienta legal básica que pone en cabeza del Poder Ejecutivo la posibilidad de creación de Unidades Organizativas cuyas funciones específicas son creadas por decreto (art. 7º, ley 4013), dotando a la Administración de la estructura y organización funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

6. De acuerdo con el reparto de competencias establecido en la Constitución local y con lo dispuesto en la ley marco aplicable a toda la organización de la Administración, esto es la Ley de Ministerios, el Poder Ejecutivo resulta competente para crear y asignar funciones a todos los organismos dependientes de las Direcciones y Secretarías estatales. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

7. Las normas sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de presunción de constitucionalidad. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

8. La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la última ratio del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de la interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contrapone en colisión. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

9. El mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad, y deben ser canalizados a través del proceso político regular. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

10. No es posible que un tercero ajeno al Poder Estatal entable un conflicto de poderes pues ello contraviene expresamente la letra de la ley (art. 11, ley 402). (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

11. No se trata de restringir arbitrariamente el marco de actuación de la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la Constitución de la Ciudad, sino de delinear claramente sus perfiles para evitar que ella sea convertida en una suerte de categoría residual del control de constitucionalidad. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

12. Admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad con relación a una norma que no opera sobre comportamientos futuros de sujetos indeterminados; que no los influye, condiciona ni determina —siendo indiferente para ellos qué dependencia o funcionario administrativo de una misma Dirección interviene en el control de una determinada infracción del régimen de faltas— es, disvalioso para el sistema republicano y atenta contra el principio de división de los poderes que, precisamente, la parte actora invoca como fundamento de su pretensión. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

13. Mientras la ley 2128 —Unidad administrativa de control de faltas— dispone que la atención de faltas especiales está a cargo de un órgano, y que las faltas denominadas “de tránsito” son atendidas por un órgano distinto, la resol. 19/GCBA/SSJUS/13 dispone que unas y otras sean distribuidas entre todos los agentes del Control de Faltas “sin distinción de especialidad”. (*Voto en disidencia de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

14. Además de vaciar de contenido el principio de especialidad fijado por la legislatura para la distribución de competencias en la atención de faltas, la resol. 19/GCBA/SSJUS/13 amplía la competencia de los agentes de la UACF, contraviniendo lo dispuesto por la ley 2128 —Unidad administrativa de control de faltas— que los habilitó, únicamente, para atender las faltas incluidas en el capítulo “Tránsito” de la ley 451 —Régimen de Faltas— (y las que en lo sucesivo se prevean y estén directamente relacionadas con el ordenamiento del tránsito y la seguridad vial, las que siguen siendo atendidas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas). (*Voto en disidencia de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

15. Ni del texto de la ley 4340 —Agencia Gubernamental de Control—, ni de la versión taquigráfica de la sesión en la que se sancionó la referida norma, surgen consideraciones claras que permitan afirmar que la intención del Legislador haya sido derogar las previsiones de ley 2128 —Unidad administrativa de control de faltas— sino todo lo contrario, puesto que en el art. 3º de la ley 4340 dispone que la Dirección General de Administración de Infracciones (en adelante, DGAI) “*ejercerá el control funcional de las Unidades Administrativas de Control de Faltas Especiales y de Control de Faltas*”, individualizando ambos órganos de manera separada. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

16. No es posible sostener que el contenido de la ley 2128 —Unidad administrativa de control de faltas— pueda ser desvirtuado ahora mediante una resolución de la Subsecretaría de Justicia de la Ciudad que ordena a la DGAI que distribuya las causas pendientes de tramitación entre la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales y la Unidad Administrativa de Control de Faltas sin distinción de especialidad. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

17. Si bien la Constitución local establece que el Jefe de Gobierno tiene potestades para determinar la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia, de acuerdo a lo que disponga la ley de Ministerios sancionada por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo (conf. arts. 104, inc. 9º; 80, inc. 5º y 100 de la CCABA), lo cierto es que, mientras se encuentre vigente una ley que establece un condicionante en el diseño de la organización interna de la Administración Central, el Poder Ejecutivo y sus órganos deben estarse a la pauta establecida y, eventualmente, proponer los cambios que se estimen necesarios de acuerdo a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia en ejercicio de facultades colegislativas (en el caso, la de la iniciativa). (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

18. El vicio que afecta a la resol. 19/GCBA/SSJUS/2013 viene dado por desconocer la “norma sobre normación” que en este supuesto ha venido a instituir una “reserva de jerarquía” y que, por el paralelismo de rango, obliga a modificar las leyes por medio de leyes —salvo que la Legislatura hubiera obrado por fuera de sus competencias, lo que no se discute en el *sub examine*—. (Voto en disidencia del juez José O. Casás).

Expte. SAO n° 9743/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Dra. Alicia Nilda Piñero promovió demanda de inconstitucionalidad (fs. 2/7) en los términos de los arts. 113, inc. 2° de la CCABA, y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que se “declare la invalidez constitucional y la pérdida de vigencia” de la resolución n° 19/GCBA/SSJUS/13 de la Subsecretaría de Justicia del GCBA y de la disposición n° 50-DGAI-2013 de la Dirección General de Administración de Infracciones pues, en su opinión, “implican una violación al principio de subordinación a la ley de los reglamentos” —art. 102 CCABA— y a “la forma republicana, el principio de tripartición y la división de Poderes del Estado” —art. 1°, C.N. y art. 1°, CCABA— (fs. 2/2 vuelta).

Sostuvo que la resolución n° 19/GCBA/SSJUS/13, en cuanto instruye al Sr. Director General de Administración de Infracciones para que “instrumente en lo sucesivo y respecto de las causas pendientes de radicación con motivo del traspaso dispuesto por la ley 4340, una distribución general entre todos los agentes de Control de Faltas sin distinción de especialidad, atendiendo a mejor distribución por pautas objetivas y razones de servicio” modificó “la competencia de la UACF y de la UAAFE” —asignadas por la ley 2128— “sin contar con legislación alguna que lo permita” (fs. 3 y 6 vuelta).

La disposición n° 50-DGAI-2013, por su parte, es objetada pues, mediante su dictado —según lo relata la actora— se “operativiza” (fs. 3) la citada resolución n° 19 de la Subsecretaría de Justicia. La accionante señala que dicha disposición “no ha sido publicada, pero (...) ha sido citada por otras resoluciones” de la referida repartición del Gobierno local (fs. 6 vuelta).

2. A fs. 14/16 emitió dictamen el Ministerio Público Fiscal, que propició la declaración de admisibilidad de la demanda “sin perjuicio del examen que, acerca de la procedencia de la acción, pueda efectuarse tras escuchar el debate que las partes habrán de efectuar en este proceso” (fs. 16 vuelta).

3. Consentida la integración del Tribunal con la jueza Inés M. Weinberg, la Sra. jueza de trámite requirió al Boletín Oficial de la Ciudad que informara si la disposición n° 50-DGAI-2013 se encontraba publicada y, en su caso, indicara el número de boletín correspondiente (fs. 21).

En respuesta a lo solicitado, la Sra. Gerente Operativa del *BOCBA* informó que “consultadas las bases de datos no se hallaron coincidencias de publicación de dicha Disposición” (fs. 26).

4. A fs. 29/30 vuelta, el Tribunal resolvió “[d]eclarar parcialmente admisible la acción planteada por la Dra. Alicia Nilda Piñero (...), con el alcance señalado en el voto de la Sra. jueza Alicia E. C. Ruiz”. La magistrada mencionada había precisado, en su voto, que correspondía “declarar admisible la acción respecto de la resol. 19/GCBA/SSJUS/13”, pero que “la acción (...) en cuanto se dirige a impugnar la validez constitucional de la disposición n° 50-DGAI-2013 es inadmisibile. Ello así porque la presen-

tación resulta insuficiente para acreditar la existencia y contenido de la norma que, por lo demás, no fue publicada en el Boletín Oficial”.

5. Corrido que fuera el traslado previsto en el primer párrafo del art. 21 de la ley 402, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el rechazo de la demanda (fs. 39/50 vuelta).

6. Requerido su pronunciamiento, el Ministerio Público Fiscal propició “hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad admitida parcialmente en autos, declarar la inconstitucionalidad de la resol. 19/13 de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponiendo su publicación en el Boletín Oficial a efectos de la pérdida de vigencia de la misma en los términos del art. 113 de la Constitución de la Ciudad y 24 de la ley 402” (fs. 57 vuelta).

7. El 30/4/2014 se celebró la audiencia que fija el art. 6 de la LPTSJ.

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta en los términos del art. 113 inc. 2º de la CCABA debe ser rechazada.

2. La actora pretende se declare la invalidez constitucional y la pérdida de vigencia de la resol. 19/GCABA/SSJUS/13, “...en tanto instruye al Director General de Administración de Infracciones, para que instrumente en lo sucesivo y respecto de las causas pendientes de radicación con motivo del traspaso dispuesto por la ley 4340, una distribución general entre todos los agentes de Control de Faltas, sin distinción de especialidad, atendiendo a mejor distribución por pautas objetivas y razones de servicio; (...)” (véase fs. 2).

Afirma que resulta “...obvio que por el ilegítimo accionar de la Administración al reglamentar las leyes se corre el *peligro serio y cierto* de que las resoluciones de todos los funcionarios de la Ciudad que controlan las faltas sean declaradas nulas por incompetencia, al verse vulnerada la ley que establece sus atribuciones” (véase fs. 4 vuelta); y concluye: “Se observa con claridad que la Administración, al pretender reglamentar la ley 4340, infringe el art. 102, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que posibilita la reglamentación de las leyes “*sin alterar su espíritu*”, en igual modo este exceso en sus facultades implica un claro ataque a la división de poderes.” (véase fs. 6 vuelta) —los destacados son del original—.

3. El encuadre normativo de la resolución en crisis refiere al “...uso de facultades que le son propias” —sin indicar anclaje— de la Subsecretaría de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA; en dicho marco facultativo, el órgano Subsecretario resuelve: “Instruir al Señor Director General de Administración de Infracciones (...)” (véase resol. 19/SSJUS/13 BOCBA 4094 del 15/2/2013, p. 49).

4. Pese a dichas imprecisiones —en cuanto a su encuadre—, debe colegirse que la norma en análisis resulta ser un *acto de alcance general de eficacia interna o acto de administración*, no destinado a producir efectos jurídicos sobre relaciones ajenas a la persona jurídica pública Estado local. Se trata de una mera instrucción de servicio de un superior a un inferior jerárquico, sobre la cual puede admitirse su control en el marco de la acción intentada (art. 113, inc. 2º, CCABA), pero en modo alguno bajo la pretensión articulada por la parte, toda vez que, huelga aclararlo, no se trata de un reglamento de ejecución de la ley (art. 102, CCABA), ni resulta posible en consecuencia verificar la existencia de un exceso o excepción reglamentaria.

5. Desde *Fallos*, 148:430 (1927) al separar las aguas entre los reglamentos de ejecución de las leyes (entonces art. 86, inc. 2° de la C.N.) y la delegación normativa, la CSJN clarificó que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo encuentra su base en la determinación de los *pormenores y detalles* necesarios para la ejecución legal — véase en igual sentido 237:636; 270:42, entre otros—, y encuentra su limitación constitucional en la no alteración de su espíritu por vía de excepción reglamentaria (véase art. 99, inc. 2°, C.N.).

Al respecto, ese alto Tribunal señaló que: “El Poder Ejecutivo no excede la facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento de los fines de aquella o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajusten así, en definitiva, a su espíritu.” (véase *Fallos*, 232:287; 269:120, entre otros).

Ahora bien, aun en la inteligencia de que la resolución atacada pudiera entenderse con efecto reglamentario sobre la ley o el bloque normativo que refiere, tampoco se observa un conflicto de incompatibilidad insalvable entre sus disposiciones.

Ello así, porque si bien es cierto que la ley 4340 no ofrece una correcta técnica legislativa cuando omite disolver expresamente el órgano “Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales”, no menos cierto es que dispone: *a)* la transferencia de todo su contenido —responsabilidades primarias, objetivos, acciones, patrimonio, presupuestos y recursos humanos, recaudación y cuentas recaudadoras afectadas— a la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad; *b)* la disolución de la Dirección General de Control de Faltas Especiales que se encontraba enclavada en la Agencia Gubernamental de Control, modificando expresamente el Anexo I de la ley 2624; *c)* poner en cabeza de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia y Seguridad el control funcional de las “Unidades Administrativas de Control de Faltas Especiales” y de “Control de Faltas”, y *d)* derogar el inc. b del art. 4° de la ley 2624, a través del cual se había oportunamente transferido la Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales a la Agencia Gubernamental de Control (véase arts. 1/4 de la ley 4340).

En suma, en modo alguno se observa un conflicto o contraposición írrita entre la resol. 19/SSJUS/13 y el espíritu normativo de la transferencia establecida por la ley 4340 en los términos generales en que ha sido normada por la Legislatura local.

6. Por otra parte, tampoco se aprecia —ni la parte ha sustentado claramente— cuál es la afectación al principio de división de poderes, ni en qué modo se conculca el principio republicano de Gobierno.

7. En virtud de todo lo expuesto, la pretensión tal como ha sido formulada no puede prosperar, motivo por el cual, la acción de inconstitucionalidad interpuesta debe ser rechazada.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La acción fue declarada admisible únicamente con relación a la Resolución 19/GCBA/SSJUS/13 (conf. la decisión del 22/10/2013).

Esa Resolución es reputada inconstitucional por la actora porque habría modificado las competencias que la ley 2128 le acordó a la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales (en adelante, la UAAFE). Es decir, el planteo no es el de una oposición directa de la norma cuestionada a la CCABA o a la Constitución Nacional sino la alteración de un orden jerárquico establecido por la CCABA entre las leyes y los re-

gamentos emanados de autoridades administrativas, esto es, una cuestión constitucional compleja indirecta. En ese orden de ideas, la accionante manifiesta que la ley 2128 acordó a la UAAFE la competencia para juzgar todas las faltas que prevé el Código de Faltas, con excepción de las comprendidas en el Capítulo “Tránsito”, cuyo juzgamiento asignó a la Unidad Administrativa de Control de Faltas (en adelante, la UACF); distribución de competencias que, en la interpretación que la actora hace, la resol. 19/13 habría eliminado al “[i]nstruir al Señor Director General de Administración de Infracciones, para que en atención a lo expuesto en los considerandos de la presente, instrumente en lo sucesivo y respecto de las causas pendientes de radicación con motivo del traspaso dispuestos por la ley 4340, una distribución general entre todos los agentes de Control de Faltas sin distinción de especialidad, atendiendo a mejor distribución por pautas objetivas y razones de servicios” (el destacado no pertenece al original).

2. Comencemos por repasar la creación de las dos unidades mencionadas y su devenir hasta el dictado de la ley 4340.

2.1. La ley 591 creó, en el ámbito del Poder Ejecutivo, a la UACF (conf. su art. 7), cuyo objetivo era actuar “...como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de las faltas que tengan prevista, como sanción única o autónoma, la pena de multa...” (conf. el art. 1 del Anexo de esa ley). Es decir, todas las faltas que tipificaba la ley 451 eran juzgadas por la UAConf.

2.2. Tiempo después, la ley 1217 derogó “...la Ordenanza N° 50.292 (A.D. 140.20), el dec. 1780/97, el art. 2° del dec. 2713/98, los arts. 5° y 6° de la ley 515, el art. 8° de la ley 591 y los arts. 1°, 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10 y la Cláusula Transitoria I del Anexo de la ley 591 y las leyes 19.690 (A.D. 130.1) y 19.691 (A.D.131.1) para su aplicación en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (el subrayado pertenece al original). Asimismo, y en lo que ahora importa, redefinió el ámbito de actuación de la UACF en los siguientes términos: “...actúa[r] como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento de las faltas por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

De ese modo, la ley 1217 vino a establecer un nuevo procedimiento de faltas, pero no modificó las competencias jurisdiccionales que tenía la UAConf.

2.3. La UACF funcionaba dentro del ámbito de la Dirección General de Administración de Infracciones (en adelante, también, DGAI) dependiente de la Subsecretaría de Justicia (conf. el organigrama del Anexo 1/5, del decreto 350/06 y páginas 62 y 64 del Anexo 2/5 de ese mismo decreto).

2.4. Con posterioridad, la ley 2128, en la que apoya su argumentación la accionante, creó, en el ámbito de la DGAI y como organismo fuera de nivel, a la UAAFE, y estableció su régimen funcional (conf. los arts. 1° y 3°, respectivamente). Así, el art. 1° de la ley decía “[c]réase en el ámbito de la Dirección General de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Organismo Fuera de Nivel Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales”.

Por su parte, el Anexo de esa ley organizó el “Régimen Orgánico Funcional de la [UAAFE]”, disponiendo su art. 1° que la UAAFE “...actúa como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de todas aquellas faltas previstas en el Código de Faltas.// Se excluyen de su competencia las faltas comprendidas en el Capítulo ‘Tránsito’ del Régimen de Faltas vigente y las que en lo sucesivo se prevean

y estén directamente relacionadas con el ordenamiento del tránsito y la seguridad vial, las que siguen siendo atendidas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas”. A su turno, la cláusula transitoria primera de la ley establecía que la UACF “...ejerce la competencia en las faltas comprendidas en el Capítulo ‘Tránsito’ del Régimen de Faltas vigente, a partir de la puesta en funcionamiento de la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales.// Los legajos que se encuentran en trámite continúan bajo la competencia de la Unidad Administrativa de Control de Faltas hasta su resolución definitiva”.

En resumen, la ley 2128 puso bajo la órbita de la DGAI, donde ya se encontraba funcionando la UACF, a la UAAFE acordándole a esta segunda la competencia para entender en todas las faltas con excepción de las comprendidas en el Capítulo “Tránsito”, la potestad para juzgar, las cuales radicó en la UAConf.

No obstante esa distribución de competencias, el Legislador le acordó al PE la facultad para distribuir las competencias asignadas a la UAAFE entre las Agencias que componen esa Unidad, asignándoles competencias “específicas por materia”. En palabras de la ley: “[I]a Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales está integrada por distintas Agencias. *Cada una de las Agencias tiene competencia específica por materia, cuya distribución es determinada por el Poder Ejecutivo*” (conf. el art. 3º del Anexo I de la ley 2128, el destacado no pertenece al original).

2.5. Poco más de un año después, la ley 2624 transfirió la UAAFE a la órbita de la Agencia Gubernamental de Control (conf. su art. 4, inc. b); Agencia creada por esa misma ley. Expresamente, la ley dispuso “[t]ransfieranse las responsabilidades primarias, objetivos y acciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos con sus respectivos niveles y grados escalafonarios vigentes a la fecha de sanción de la presente ley, al ámbito de la Agencia Gubernamental de Control, de las Áreas y dependencias que siguen:// *Organismos transferidos* a la Agencia Gubernamental de Control. Del Ministerio de Justicia y Seguridad [...] de la Subsecretaría de Justicia.// *La Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales dependiente de la Dirección General de Administración de Infracciones*” (conf. el art. 4º, inc. b, la negrita no corresponde al original).

El Director de la Agencia dictó el primer reglamento interno de la UAAFE (conf. la resol. 340/AGC/2008), donde dispuso que los casos serían asignados por sorteo a cada uno de los 36 agentes que componían la Unidad. Así, el art. 3 de ese reglamento decía: “[I]a intervención de cada uno de los Agentes será asignada por un sistema de sorteo aleatorio”.

3. En ese contexto se dicta la ley 4340.

El art. 1º de esta última norma dispone la transferencia de “...las responsabilidades primarias, objetivos, acciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos con sus respectivos niveles y grados escalafonarios vigentes a la fecha de sanción de la presente ley, de la Unidad Administrativa de Control [SIC *rectus*: “Atención”] de Faltas Especiales de la Agencia Gubernamental de Control al ámbito de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad. Del mismo modo, la recaudación y cuentas recaudadoras afectadas a dicha Unidad son transferidas a la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad” (conf. su art. 1º).

Esa ley también dispuso disolver la Dirección General de Control de Faltas Especiales (conf. su art. 2º) —Dirección que formaba parte de la estructura organizativa de la Agencia Gubernamental de Control (conf. el Anexo I de la ley 2624)—, y que la DGAI ejercerá “el control funcional” de la UACF y de la UAAFE (conf. su art. 3º).

4. Del texto transcrito surge que a la DGAI se transfirió el “contenido” de la UAAFE —esto es, sus competencias (“responsabilidades primarias”), objetivos, acciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos—; no la UAAFE en bloque, es decir, la Unidad con las competencias, personal y recursos que tenía hasta ese momento, como sostiene la parte accionante. Obsérvese que el texto no dice que se transfiera la UAAFE al ámbito de la DGAI. Lo que se dispone, como quedó dicho más arriba, es la transferencia de las funciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos (elementos que caractericé como su “contenido”) de la UAAFE. Esta solución legislativa es bien distinta de la instrumentada por la ley 2624, que, como quedó dicho *supra*, dispuso transferir la UAAFE, como “organismo”, al ámbito de la Agencia Gubernamental de Control. Recordemos que la ley 2624 transfirió a la Agencia los “organismos” que allí se indican. Un organismo es, según lo define la RAE, el “[c]onjunto de oficinas, dependencias o empleos que forman un cuerpo o institución”. Así, la UAAFE fue transferida en “bloque”, es decir, como “organismo”. Otra interpretación vendría a privar de contenido a la expresión “organismos” utilizada en la ley; conclusión a la que no le es dable al interprete arribar, puesto que, conforme lo tiene dicho la CSJN, no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del Legislador (conf. *Fallos*, 329:5826, y sus citas, entre mucho otros). Dicho de modo más directo, si bien el primer párrafo del art. 4 de la ley 2624 dice que se transfieren las competencias, patrimonio, presupuesto y recursos humanos “...de las Áreas y dependencias que siguen...” al ámbito de la Agencia Gubernamental, esa previsión debe ser leída en armonía con el párrafo que sigue a continuación que ordena la transferencia de los “organismos” allí mencionados; lectura que lleva a concluir que se transfirieron las “Áreas y dependencias” indicadas en el art. 4º de la ley 2624, con sus respectivas competencias, recursos, etcétera.

5. Con ello no vengo a decir que la ley 4340 hubiera eliminado la UAAFE. El art. 3º de la ley no solo prevé su existencia, sino que dispone que la DGAI “ejercerá” el “control funcional” de esa Unidad. Textualmente, el art. 3º de la ley 4340 dice que “[l]a Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad, ejercerá el control funcional de las Unidades Administrativas de Control de Faltas Especiales y de Control de Faltas”.

En ese marco, esta última ley, la 4340, puso a la UAAFE bajo la conducción de la DGAI, pero las competencias ya no quedaron dentro de esa Unidad, sino en la Dirección. Dicho en otros términos, la ley 4340 transfirió a la DGAI, por un lado, el “contenido” de la UAAFE y, por el otro, puso a la UAAFE en el ámbito de la DGAI.

6. Esas modificaciones quedaron plasmadas, entre otros, en el decreto 270/2014, y antes en el decreto 424/2013, modificatorio del decreto 660/2011 (que aprobó la estructura orgánico funcional dependiente del PE), que incluyó dentro de las responsabilidades primarias de la Subsecretaría de Justicia la de “[s]upervisar el funcionamiento de la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales y las tareas vinculadas con el pago de faltas especiales susceptibles de ser resueltas por vía administrativa” (conf. el punto 5 del Anexo II, el destacado no pertenece al original), y de la DGAI la de “[d]irigir y organizar la gestión de la Unidad Administrativa de Control de Faltas y de la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales” (conf. el punto 5.3 del Anexo II, el destacado no pertenece al original).

7. A su turno, las normas a las que vengo haciendo referencia se insertan en un sistema constitucional en el que la Legislatura es quien sanciona, a propuesta del PE, la Ley de Ministerios (conf. el art. 80, inc. 5º, de la CCABA) y el Jefe de Gobierno quien

“[e]stablece la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia...” (conf. el art. 104, inc. 9º de la CCABA).

Así, la ley de ministerios (ley 4013), cuya validez no ha sido cuestionada, establece cuáles son los Ministerios y las Secretarías del Poder Ejecutivo, como así también sus funciones, por un lado; y, dispone que “[c]ada 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*” (conf. el art. 7 de la ley de Ministerios, el destacado no pertenece al original), por el otro.

En suma, y en lo que aquí importa, el PE es el órgano, en principio, competente 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. El PE ha ejercido esa competencia en innumerable cantidad de oportunidades; principalmente, todas las veces que ha establecido la estructura organizativa del PE, como las funciones de los órganos que las componen por debajo de los Ministerios y Secretarías. Entre otros, cabe citar el dec. 1361/00 —mediante el cual el PE creó una gran cantidad de Direcciones Generales e incluso la Subsecretaría de Justicia bajo la órbita de la cual actúa la DGAI—, y sus modificatorios (v. gr., el dec. 660/11, 424/13 y 270/14, mencionados *supra*).

8. Sentado lo que antecede, la parte actora no ha demostrado el exceso reglamentario en que sostiene incurrió el Subsecretario de Justicia con la resol. 19/13.

9. Primeramente, recordemos que conforme lo ha señalado la CSJN en innumerable cantidad de veces —incluso en la sentencia en la causa “Rodríguez Pereyra”, Expte. nº R.401.XLII, donde se pronunció a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio (siempre que estén dadas las condiciones que allí indicó)—, la declaración de inconstitucionalidad de una norma “...constituye un remedio de última *ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (*Fallos*, 14:425; 147:286)” (conf. el considerando 14 de “Rodríguez Pereyra”, ya citado).

10. Desde la óptica de esa idea rectora en materia de interpretación cabe señalar lo siguiente.

- a) La parte actora no ha acreditado que la Resolución impugnada hubiera sido interpretada como de ejecución directa. En efecto, lo debatido a esta altura del proceso es una resolución que “instruye” a un funcionario, al Señor Director General de Administración de Infracciones, a hacer aquello que la parte actora entiende estaría fuera de las facultades del Subsecretario de Justicia. Pero, en su exposición no incluyó ningún argumento tendente a demostrar que hubiera sido esa Resolución la que habría generado la situación que entiende estaría en oposición al principio de legalidad, esto es, la modificación de las competencias que, afirma, la ley 2128 le acordó a la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales (en adelante, la “UAAFE”). Dicho en otras palabras, instruir no es lo mismo que disponer; y la parte actora no ha dado razones que permitan concluir que la resol. 19/13, pese haber utilizado el término “instruir”, hubiera venido en verdad a “disponer” la mencionada asignación de competencias.
- b) El dec. 270/14, modificatorio de la estructura organizativa del Ministerio de Justicia y Seguridad, estableció que los controladores administrativos de fal-

tas y los agentes administrativos de faltas especiales tienen los mismos “objetivos”, “[e]jercer las funciones conferidas por la ley 1217” (conf. el punto 5.3.2. del Anexo II del dec. 270/14). Aun cuando esta norma fue publicada con posterioridad al inicio de estas actuaciones, lo cierto es que el debate que propone la parte actora no puede hoy no incluir a esta última decisión, cuya vinculación con lo aquí discutido es indisputable. Principalmente, porque corresponde comenzar por analizar si la distribución de competencias que la actora tacha de inconstitucional hoy no estaría dispuesta por este último decreto.

- c) La parte accionante no se ha hecho cargo de que la ley 4340 modificó las competencias de la UAAFE, conf. la ley 2128, transfiriéndolas, en lo que ahora importa, a la DGAI, y que, una vez transferidas era a la DGAI a quien le correspondía decidir qué Unidad las iba a ejercer, si la UACF o la UAAFE (conf. el punto 4 de este voto). Así las cosas, no ha mostrado que esas competencias a las que se refería la ley 2128, siguieran perteneciendo, exclusivamente, a las UAAFE; extremo del que parte todo su razonamiento.

A ello se suma que la ley 4340 le acordó a la DGAI el “control funcional” de esas dos unidades. La RAE define a la voz “funcional”, en su primera acepción, como “[p]ertenciente o relativo a las funciones. *Competencia, procedimiento funcional. Dependencia o enlace funcional*” (el destacado no pertenece al original). Así, dentro del “control funcional” que el Legislador puso en cabeza de la Dirección bien pudo concebir la Subsecretaría la de asignar, entre las dos unidades sobre las que ejerce ese control, las competencias, recursos y personal que le fueron transferidos. Ello con el objeto de que los distribuya del modo que mejor entienda al cumplimiento de las funciones que deben atender. De nada de ello se ocupó la accionante en su presentación ante este Tribunal.

Recordemos, a su vez, que la ley 4340 no resultaría novedosa en lo que hace a dejar en manos del PE la decisión acerca de qué órgano va a ejercer las competencias jurisdiccionales a que se refiere el Capítulo V de la ley 1217. Como quedó dicho más arriba el Anexo I de la ley 2128, en que funda su acción la parte actora, acordaba competencia al PE para decidir “qué competencia específica por materia” iba a ejercer cada una de las “Agencias” que integran la UAAFE (conf. el art. 3 de ese Anexo). La competencia de la UAAFE venía establecida por el art. 1 del Anexo, pero era una facultad del PE designar quiénes dentro de las Agencias que forman la UAAFE iban a ejercer esas competencias. En lo que ahora nos ocupa, la ley 4340 acuerda una prerrogativa similar a esa otra ley. Transfiere a la DGAI las competencias que tenía la UAAFE y le acuerda a esa Dirección la facultad para distribuirla, el “control funcional”, entre los agentes que integran tanto a la UACF y a la UAAFE.

- d) A su vez, la accionante no ha cuestionado la competencia del Subsecretario de Justicia para “instruir” al Director de la DGAI para que realice una distribución general de las causas “...entre todos los agentes de Control de Faltas sin distinción de especialidad...” (conf. el art. 1º de la resol. 19/13, aquí cuestionada). Sus agravios apuntan exclusivamente a cuestionar la supuesta distribución de competencias en contra de lo que a criterio de la actora dispondría, actualmente, la ley 2128. Pero, no ha señalado que esté fuera de las competencias del Subsecretario la de solicitarle al Director de la DGAI que distribuya las causas sin tener en cuenta la especialidad de las unidades

cuya gestión dirige y organiza (conf. el punto 5.4. del Anexo II del decreto 424/2013).

- e) Finalmente, la parte actora debió también hacerse cargo de que una ley posterior a la 2128, pero anterior a la 4340, la ya mencionada ley 4013, le dio facultades al PE para establecer las competencias de las unidades funcionales que funcionan debajo de los Ministerios. Tal, entre otros, es el caso de las Unidades que nos ocupan, las que funcionan dentro de la órbita del Ministerio de Justicia.

En resumen, y tal como lo señalé más arriba, la actora no ha desarrollado argumentos mínimos que permitan concluir se está frente al exceso reglamentario que afirma. Por ello, voto por rechazar la presente acción.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Tal como ha sido reseñado en los votos precedentes, la parte actora promueve acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113 inc. 2° CCABA con el fin de que se declare "...la invalidez constitucional y la pérdida de vigencia" de la resol. 19/GCABA/SSJUS/13, por cuanto implica una violación al principio de subordinación a la ley de los reglamentos (art. 102 CCABA) y por atentar contra la forma republicana, el principio de tripartición y la división de poderes del Estado (arts. 1° C.N. y 1° CCABA).

La norma cuestionada dispone, en un único artículo, la distribución de ciertas causas —motivadas por infracciones y aún pendientes de radicación— en forma general entre todos los agentes de Control de Faltas. Esta disposición, que culmina un proceso un tanto complejo en materia de distribución de las causas sobre infracciones entre distintos funcionarios encargados de entender en ellas y que se ha encargado de detallar la jueza de trámite en su voto, resulta impugnada por la actora que considera que se contrapone al texto expreso de la ley 2128, que se encuentra vigente y establece una distribución de causas específica. De este modo, entiende la accionante, la resolución objetada violenta los arts. 1° y 102 CCABA y constituye un exceso reglamentario del Poder Ejecutivo que la torna inconstitucional.

2. Resulta oportuno recordar que, al momento de analizar la admisibilidad de esta acción declarativa, me pronuncié afirmativamente pero adhiriendo a las consideraciones expuestas por mi colega el juez Luis F. Lozano en su voto, que advertía sobre cierta inconsistencia de fundamentos en la demanda planteada (resolución de fs. 29/30 vuelta). Es decir que, si bien entendí dudosa la admisibilidad de la acción, opté por pronunciarme a su favor, dando curso al debate público y en la inteligencia que ésa es la oportunidad en la cual quien acciona pueda mejorar sus argumentos, obteniendo una decisión acerca del planteo efectuado (conf. mi criterio *in re* "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4807/06, resolución del 13/9/2006, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VIII, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 1209" y "Asociación Civil Alianza para el Uso Racional de Envases en Argentina (AUREA) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 6370/08, resolución del 27/5/2009, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 1110, entre otros).

No obstante, producida la audiencia pública el día 30/4/2014, la oportunidad brindada no ha sido aprovechada por la parte accionante, en tanto subsiste, a mi entender, un escollo insalvable para la procedencia de la acción, esto es que no se ha demostrado que la norma impugnada ostente el necesario carácter de "norma general", exigido por el art. 113, inc. 2° CCABA. En efecto, la categorización de "norma general", aplicada

a la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 cuya inconstitucionalidad se postula aparece dudosa, en tanto surge de su lectura y del escrito de demanda, que solo establece un modelo de organización administrativa y distribución de causas dentro de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, asignando funciones a sus agentes sin distinción de especialidad, dentro de la diseñada estructura.

Para que una norma pueda ser considerada “general” debe producir un dispositivo con persistencia temporal respecto de sujetos indeterminados, es decir establecer una regla de conducta que se inserte en el ordenamiento cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro (conf. mi voto in re “Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 3417/04, resolución del 22/12/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 1342 y “Asociación de Psicólogos de GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 5942/09, resolución del 8/4/2009, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 675). En este proceso, la resolución que establece la nueva distribución de causas en el área de la Dirección de Administración de Infracciones no cumple con las mencionadas especificaciones, tal como con acierto lo sostuvo en la audiencia pública el Fiscal General, Dr. Ocampo (audiencia pública, del día 30/4/2014).

Precisamente como consecuencia del particular tenor de la norma impugnada es que —pese a que en oportunidad de resolver sobre la admisibilidad fuera categorizada del modo indicado para habilitar el debate público—, correspondía a la parte actora, en carácter de carga inexcusable, fundamentar por qué motivo considera que la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 es una norma de carácter general. En este sentido, la demanda carece de una adecuada explicación al respecto y, reitero, tampoco en la audiencia pública se exployó la parte actora acerca de esta condición esencial requerida por el art. 113 inc. 2° CCABA.

3. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, estimo apropiado efectuar algunas consideraciones acerca del control abstracto de constitucionalidad que establece la Constitución local, según ya fueran establecidas desde los primeros pronunciamientos de este Tribunal. Así, se ha dicho reiteradamente que este control solo implica un cotejo normativo y que, de tener favorable acogida, posee efectos *erga omnes*, precisamente porque no se referencia a interés subjetivo particular alguno. Esta posibilidad de depurar el ordenamiento jurídico de normas aplicables a una serie indefinida de hechos futuros dictadas por las autoridades de la Ciudad, debe ser ejercida por los jueces con suma prudencia para no alterar el sistema republicano de gobierno, fundado en la presunción de legitimidad de los actos de gobierno de cada uno de los tres poderes que lo conforman.

Conforme con ello, delimitar el ámbito de aplicación de la acción declarativa de inconstitucionalidad es una tarea delicada, en la cual no debe perderse de vista la eficacia derogatoria de una declaración de inconstitucionalidad. Este aspecto, “que debe ser ponderado al efectuar la interpretación del art. 113 inc. 2° CCABA no autoriza a erosionar el sistema previsto prescindiendo de las instancias procesales para canalizar el control de constitucionalidad ni a considerar esta vía como el único medio eficaz para la defensa de los derechos de los habitantes de la Ciudad” (TSJBA, voto del juez Guillermo Muñoz en las causas acumuladas exptes. n° 32/99, 33/99 y 34/99, resolución del 4/6/1999, “Ortíz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”; Murphy, Diana María c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”; y “López Alconada, José M. (h.) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad; entre otros, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-

Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 76 a 82). De acuerdo con ello, la competencia originaria del Tribunal se encuentra estrictamente tasada en la CCABA y debe, en consecuencia, ser interpretada con absoluta estrictez, ya que no es posible para este Tribunal ampliar o extender los supuestos en los que ejerce sus competencias.

Por otra parte, la vía del control abstracto ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina, llegándose incluso a señalar que no se han dado razones lógicas o jurídicas sólidas para justificar su existencia. Por ello, con acierto, se ha señalado que cuando un tribunal actúa como “Tribunal Constitucional debe autolimitarse en su revisión de la interpretación del legislador, ya que su interpretación jurídica no debe reducir indebidamente el margen de la interpretación política de aquel. Si el Tribunal Constitucional no se autolimitara en la interpretación de la Constitución, su actuación conduciría inevitablemente al bloqueo del sistema político, dejando sin respuesta a la sociedad”. Y agrega luego que el intérprete constitucional debe partir del “...reconocimiento expreso de la legitimidad política democrática del legislador como un elemento de primer orden en la interpretación constitucional de sus productos normativos” (PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 115 y ss).

Admitir la acción con relación a una norma que no opera sobre comportamientos futuros de sujetos indeterminados; que no los influye, condiciona ni determina, siendo indiferente para ellos qué dependencia o funcionario administrativo de una misma Dirección interviene en el control de una determinada infracción, es, a mi juicio, disvalioso para el sistema republicano y atenta contra el principio de división de los poderes que, precisamente, la parte actora invoca como fundamento de su pretensión.

4. En suma, la cuestión trata de determinar a qué organismo administrativo le corresponde entender cuando un ciudadano cualquiera incurre en una infracción o falta previstas en las leyes. Despejado ya que este interrogante carece de efectos para el ciudadano, pues tanto le da que intervenga uno u otro funcionario de igual grado administrativo, debe entonces concluirse que se trata de un conflicto entre dos poderes en el que cabría determinar cuál de ellos tiene preeminencia para establecer las funciones en disputa en el área de la Administración de Infracciones.

La propia actora en su demanda expresa esta situación al reseñar —en lo que ahora importa— que: “Por disposición de la ley 4340, la UAAFE fue transferida bajo dependencia de la actual Dirección General de Administración de Infracciones, en el ámbito de la Subsecretaría de Justicia, sin que las competencias especiales o de tránsito hayan sido modificadas, al no haber sido derogada en ninguno de sus artículos la ley 2128/// Así, la ley 2128 ha delimitado claramente la competencia de la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales y la de la Unidad Administrativa de Control de Faltas/// La ley 4340 transfirió las responsabilidades primarias, acciones, patrimonio, presupuesto, y recursos humanos con sus respectivos niveles y grados escalafonarios vigentes a la fecha de sanción de la presente ley, de la Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales de la Agencia Gubernamental de Control al ámbito de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad, ejercerá el control funcional de la Unidades Administrativas de Control de Faltas Especiales y de Control de Faltas/// Se verifica que no confunde entre ambas Unidades. Y que cada una de ellas mantiene la competencia que tenía establecida por ley./// Sin embargo, una norma de menor jerarquía ha resuelto modificar esa competencia. Y así se ha dictado la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 que contraría lo precedentemente mencionado, y que por ello se cuestiona en su constitucionalidad...” (fs. 4 vta). De ello surge claramente que la actora no ignoraba que con el dictado de la resolución objetada lo que se estaba produciendo y, denunciando como

inconstitucional a través de esta acción, era la invasión por parte del Poder Ejecutivo de la esfera de competencias reservadas por la Constitución local al Poder Legislativo. En efecto, la supuesta contradicción de un acto del Poder Ejecutivo con un acto del Poder Legislativo, implica un conflicto de poderes, en tanto no resulte susceptible de lesionar intereses legítimos o derechos subjetivos de los habitantes de la Ciudad; dando lugar —en su caso— a una acción que solo puede ser deducida por el órgano afectado, previo cumplimiento de las diligencias establecidas en el art. 11 de la ley 402, como se señala más adelante.

5. Este Tribunal anteriormente ha resuelto causas cuya naturaleza, a mi criterio, resulta similar a la presente en los autos “Argüello, Jorge M.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y, “Asociación de Psicólogos de GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en tanto la cuestión a resolver resulta ser sustancialmente la misma: el avance del Poder Ejecutivo, por vía de su actividad reglamentaria, sobre la esfera de competencias atribuidas por la Constitución al Poder Legislativo.

En virtud de ello, creo conveniente transcribir determinadas consideraciones expuestas en aquella oportunidad. Sostuve en mi voto, como soporte jurídico del criterio que estimo aplicable en estos casos que:

“...7. Las acciones judiciales derivadas de la existencia de conflictos entre los poderes de la Ciudad son de competencia originaria de este Tribunal, tal como se dispone en el art. 113, inc. 1º de la Constitución local, y se encuentran reguladas en los arts. 11 a 15 de la Ley de Procedimientos ante el Tribunal, nº 402.”

“En el primer párrafo del art. 113º se dispone 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 competencia que le son propias o se las desconoce por acción u omisión, puede promover demanda ante el Tribunal Superior...”

“Como se ve, la norma exige que el planteo de un conflicto de esta naturaleza desde el Poder Legislativo sea hecho por resolución del cuerpo; no admite la presentación unipersonal del legislador, ni —agrego ahora— la de un tercero ajeno a ese Poder”.

“8. La disposición aludida tiene, a mi juicio, un claro sentido dentro del esquema de la Constitución. En efecto, al exigir que cuando el conflicto es instado por la Legislatura el planteo reconozca su causa fuente en una resolución del cuerpo, está imponiendo un mecanismo que exige de la obtención de un consenso mínimo entre los señores legisladores, el necesario para la aprobación de tal resolución. Al respecto, en el art. 80, inc. 1º, de la Constitución local se establece que la Legislatura de la Ciudad, por mayoría común, ‘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’”.

“9. La razón de la exigencia de consenso se encuentra en la necesidad de preservar el delicado equilibrio entre los órganos del poder público de la Ciudad. El sistema de frenos y contrapesos de la Constitución debe verse libre de interferencias y la discusión de un conflicto de poderes en el marco de la acción del 113, inc. 2º, puede generar graves estridencias en la delicada modulación de esas relaciones interorgánicas”.

“No debe olvidarse que los tres poderes en los que se dividen las funciones de gobierno, distintos, separados y soberanos en sus respectivas esferas de acción, son coordinados, armónicos, combinados y uniformes en la acción general de gobierno [conf. GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la Constitución argentina*, 11ª ed., Ángel Estrada y Cía. Buenos Aires, p. 312]”.

“Con criterio que puede ser sustentado en el ámbito local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la Constitución establece un reparto de competencias a la vez de medios para su control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno; atribuye a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que se les asigna y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía, que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional. Ahora bien, tal ‘división’ no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado en detrimento de un armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales [conf. CSJN. ‘Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo’ (C-802.XXIV)”, del 2/12/1993]”.

“10. Lo expuesto no quiere decir que estemos ante una cuestión no justificable, que el Poder Judicial no deba revisar la constitucionalidad de una norma cuando se invocan omisiones o irregularidades en su proceso de gestación. Solo procuro poner de manifiesto que no es la de la Acción de Inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, la vía idónea para introducir tal discusión cuando ella se asienta en la supuesta usurpación de competencias propias de órgano de poder local por parte de otro; para lo que se encuentra prevista la vía del conflicto de poderes”.

“Empero, si el Tribunal hace pié en una acción planteada en forma indebida por quien carece de legitimación, so pretexto de haber sido articulada bajo un ropaje jurídico que no es el de su real naturaleza, para entrar en la consideración de un tema que no podría ser objeto de su atención de no mediar el cumplimiento de determinados recaudos que no se verifican en el sub lite, estaría exorbitando los límites de sus atribuciones y actuando en sustitución de aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia, lo que resulta inadmisibles, pues podrían llegar así a verse interferidos los resultados que en el marco legislativo genera la voluntad de las mayorías [Fallos, 322:1988], (conf. mi voto en los autos autos ‘Argüello, Jorge M.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte n° 690/00, resolución del 19/4/2001 y ‘Asociación de Psicólogos de GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad’, expte. n° 5942/09, resolución del 8/4/2009, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 174 y t. XI, p. 675 respectivamente)”

6. Admitir que cuestiones que, por serias razones institucionales, deben tramitar ante el Tribunal por un determinado procedimiento constitucional se lleven adelante por otro importa aceptar que se desdibujen los perfiles de las distintas acciones; de lo que no puede derivarse ningún beneficio para la defensa de los intereses de sus habitantes.

Por otra parte, tampoco es posible aplicar aquí el principio de *iura curia novit*, para encauzar esta acción dentro del marco del art. 113, inc. 1º de la Constitución, al que teleológicamente pertenece; ello así en razón de carecer la parte actora de la legitimación necesaria para instar la competencia originaria del Tribunal por dicha vía. En efecto, no es posible que un tercero ajeno al Poder Estatal entable un conflicto de poderes pues ello contraviene expresamente la letra de la ley (art. 11, ley 402).

No se trata de restringir arbitrariamente el marco de actuación de la acción de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º de la Constitución de la Ciudad, sino de delinear claramente sus perfiles para evitar que ella sea convertida en una suerte de categoría residual del control de constitucionalidad.

7. Por último, y sin perjuicio de lo que he expresado en los considerandos anteriores —que resulta suficiente para fundar la conclusión a la que arribo—, debo señalar que comparto en gran medida los argumentos que ha brindado el juez Luis F. Lozano en su voto y que conducen a una misma decisión acerca de la procedencia de la acción.

En efecto, está claro, a partir de la explicación brindada por mi colega en el punto 7 de su voto acerca de las competencias constitucionales de los poderes Legislativo y Ejecutivo consagradas en los arts. 80 inc. 5º y 104 inc. 9º CCABA, que es la ley de ministerios, nº 4013, la herramienta legal básica que pone en cabeza del Poder Ejecutivo la posibilidad de creación de Unidades Organizativas cuyas funciones específicas son creadas por decreto (art. 7, ley 4013), dotando a la Administración de la estructura y organización funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines. Es decir que, de acuerdo con el reparto de competencias establecido en la Constitución local y con lo dispuesto en la ley marco aplicable a toda la organización de la Administración, esto es la Ley de Ministerios, el Poder Ejecutivo resulta competente para crear y asignar funciones a todos los organismos dependientes de las Direcciones y Secretarías estatales. Esta regla, que por su generalidad abarca también el supuesto de autos, no fue desvirtuada por la parte actora, quien ni siquiera la menciona en su planteo cuando analiza la alegada incompatibilidad normativa y el consiguiente exceso reglamentario que denuncia.

Por lo mismo, corresponde incluso señalar que no se trata en el presente de una cuestión que dispare la aplicación de un escrutinio agravado generador de la inversión de la carga probatoria, por lo que el análisis debe efectuarse a partir de la prueba de la incompatibilidad constitucional que denuncia el accionante y a la luz del test de adecuación de los medios al fin considerado constitucionalmente permitido. Respecto del escrutinio simple, aplicable al presente caso, he dicho en otras ocasiones que: “...se trata de un examen de tipo instrumental, de racionalidad medios/fin, y que para que la norma supere el examen de constitucionalidad, basta que la solución propuesta no sea considerada irracional...” /// No es tarea de los jueces pronunciarse acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las reglamentaciones que implementan los poderes legislativo y administrador, pues ello violentaría el principio de la división de poderes. Solo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de *razonabilidad* de los medios previstos en la legislación y su reglamentación respectiva. Se debe ponderar, entonces, el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida”. (conf. mi voto, *in re* “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. nº 2671/2003, resolución del 20/10/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 1041).

Por último, no es ocioso recordar que las normas sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de presunción de constitucionalidad. La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la última ratio del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de la interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de la parte actora en estos casos es alta: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad, y deben ser canalizados a través del proceso político regular.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la acción de inconstitucionalidad interpuesta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La presente acción declarativa de inconstitucionalidad —en cuanto fue declarada admisible— se dirige a cuestionar la resol. 19/GCBA/SSJUS/13 cuyo único artículo dispone:

“**Artículo 1°** — Instruir al Señor Director General de Administración de Infracciones, para que en atención a lo expuesto en los considerandos de la presente, instrumente en lo sucesivo y respecto de las causas pendientes de radicación con motivo del traspaso dispuesto por la ley 4340, una distribución general entre todos los agentes de Control de Faltas sin distinción de especialidad, atendiendo a mejor distribución por pautas objetivas y razones de servicio”.

1.1. La Dra. Alicia Nilda Piñero impugna la norma transcripta por considerarla violatoria de los arts. 1° y 102 de la CCABA y del art. 1° de la C.N. La actora denuncia que la disposición en cuestión efectúa una distribución de trabajo entre los agentes de Control de Faltas que contraría las leyes vigentes en la materia, de modo que constituye un exceso reglamentario inconstitucional e incompatible con la forma republicana de gobierno.

2. A fin de tratar el planteo descripto resulta ineludible reseñar las varias reformas sufridas por las normas legales que rigen la cuestión:

2.1. En mayo de 2001, la ley 591 creó la Unidad Administrativa de Control de Faltas (en adelante UACF), para actuar “como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de las faltas que tengan prevista, como sanción única o autónoma, la pena de multa” (art. 1° del Anexo).

2.2. En octubre de 2006, la ley 2128 creó —en el ámbito de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— la “Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales” (en adelante, UAAFE), a la que designó como un “Organismo Fuera de Nivel” (art. 1°).

El Anexo I de esa norma atribuyó a la UAAFE competencia para actuar como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad, de todas aquellas faltas previstas en el Código de Faltas, precisando que “[s]e excluyen de su competencia las faltas comprendidas en el Capítulo “Tránsito” del Régimen de Faltas vigente y las que en lo sucesivo se prevean y estén directamente relacionadas con el ordenamiento del tránsito y la seguridad vial, las que siguen siendo atendidas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas” (art. 1 del Anexo).

2.3. De las normas citadas se sigue que existen dos órganos con competencia para atender infracciones al Código de Faltas:

- i) la UACF, que tiene competencia para el juicio administrativo de las faltas comprendidas en el Capítulo “Tránsito” (y las que en lo sucesivo se prevean y estén directamente relacionadas con el ordenamiento del tránsito y la seguridad vial), y
- ii) la UAAFE, que atiende todas las infracciones del Código de Faltas que no son competencia de la UACF, las que se denominan “faltas especiales”.

2.4. En diciembre de 2007, la ley 2624 creó la Agencia Gubernamental de Control como entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y le transfirió la UAAFE —aunque con la diversa denominación “Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales”—. Para ello dispuso: “transfíranse las responsabilidades primarias, objetivos y acciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos con sus respectivos niveles y grados escalafonarios vigentes a la fecha de sanción de la presente ley, al ámbito de la Agencia Gubernamental de Control, de las Áreas y dependencias que siguen: (...) b. De la Subsecretaría de Justicia. La Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales dependiente de la Dirección General de Administración de Infracciones” (art. 4º, inc. b).

2.5. La ley 4340 derogó el inc. b del art. 4º de la ley 2624 (art. 4º), y ordenó el traspaso de la UAAFE —aunque con la diversa denominación “Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales”— del ámbito de la Agencia Gubernamental de Control al de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad. Para ello dispuso: “transfíranse las responsabilidades primarias, objetivos, acciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos con sus respectivos niveles y grados escalafonarios vigentes a la fecha de sanción de la presente ley, de la Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales de la Agencia Gubernamental de Control al ámbito de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad. Del mismo modo, la recaudación y cuentas recaudadoras afectadas a dicha Unidad son transferidas a la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad” (art. 1).

La ley mencionada puso a cargo de la Dirección General de Administración de Infracciones de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad, el ejercicio del control funcional de las Unidades Administrativas de Control de Faltas Especiales y de Control de Faltas (art. 3º).

2.6. Como se ve, las leyes 2624 y 4340 no alteraron la distribución de competencias efectuada por la ley 2128, aunque transfirieron a la UAAFE de la DGAI del Ministerio de Gobierno a la AGC (ley 2624), y luego de la AGC a la DGAI del Ministerio de Justicia.

3. Estando vigente la ley 4340, la Subsecretaría de Justicia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dictó la resol. 19/GCBA/SSJUS/13, transcrita en el primer apartado de este voto.

3.1. En mi opinión, la contradicción entre la resolución impugnada y el régimen legal reseñado es obvia: mientras la ley 2128 dispone que la atención de faltas especiales está a cargo de un órgano, y que las faltas denominadas “de tránsito” son atendidas por un órgano distinto, la resol. 19/GCBA/SSJUS/13 dispone que unas y otras sean distribuidas entre todos los agentes del Control de Faltas “sin distinción de especialidad”.

Además de vaciar de contenido el principio de especialidad fijado por la legislación para la distribución de competencias en la atención de faltas, la norma cuestionada amplía la competencia de los agentes de la UACF, contraviniendo lo dispuesto por la ley 2128 que los habilitó, únicamente, para atender las faltas incluidas en el capítulo “Tránsito” de la ley 451 (y las que en lo sucesivo se prevean y estén directamente relacionadas con el ordenamiento del tránsito y la seguridad vial, las que siguen siendo atendidas por la Unidad Administrativa de Control de Faltas).

4. Ante este evidente exceso reglamentario, la estrategia argumental del GCBA consiste en proponer una lectura diferente de las normas reseñadas en el apartado 1 de este voto.

4.1. Según el relato que propone el demandado, el art. 1 de la ley 4340 habría disuelto la UAAFE, al transferirle sus responsabilidades, objetivos, acciones, patrimonio, presupuesto y recursos humanos a la DGAI.

En su contestación de demanda, el GCBA subraya que “[l]a ley 4340 disolvió la Dirección General de Control de Faltas Especiales (conf. art. 2°),¹⁷⁹ por lo que dicha medida implica necesariamente la desaparición de la UACFE” (fs. 46 vuelta, destacado en el original). E insiste en que “[u]na correcta interpretación de la norma reafirma el argumento señalado. En efecto, lo que la ley 4340 transfiere no es la Unidad Administrativa de Control de Faltas Especiales sino sus responsabilidades primarias, objetivos, acciones, presupuestos y recursos humanos, la recaudación y las cuentas reguladoras” (fs. 47).

Para apoyar la que denomina “esta interpretación” (fs. 47), recuerda que del organigrama incluido como Anexo en la ley 2624 “se desprende que la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales, aunque concebida como un órgano “Fuera de nivel” no constituía un organismo independiente o distinto de la Dirección General de Control de Faltas Especiales, sino que dependía de esta” (fs. 47). Así, concluye que con la disolución de esa Dirección General (art. 2 de la ley 4340) vino la de la UAAFE pues “no puede válidamente sostenerse que subsista un órgano luego de que desaparezca aquel del que este dependía” (fs. 47).

4.2. Como conclusión de lo reseñado en el punto anterior, el GCBA niega que en la actualidad coexistan una Unidad Administrativa de Control de Faltas con una Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales con diversas competencias que prohíban una distribución del trabajo como la dispuesta por la resolución que es objeto de esta acción.

Mantiene, en cambio, que los agentes y funciones que correspondían a la UAAFE “vuelven a pertenecer a la Dirección General de Administración de Infracciones, integrándose a la UACF que recupera de ese modo la totalidad de su competencia originaria [según ley 591]” (fs. 47 vuelta).

4.3. El Gobierno explica que la finalidad perseguida por la legislatura al dictar la ley 4340 fue reestablecer las garantías del debido proceso legal (art. 13 de la CCA-BA), las que resultaban vulneradas con el esquema de la ley 2624 que ponía a cargo del mismo órgano —la Agencia Gubernamental de Control— las tareas de controlar y juzgar en sede administrativa las infracciones al Código de Faltas. También dice que “[l]a restauración de la vigencia plena de las garantías de igualdad dada en el reconocimiento absoluto respecto a que todas las faltas tienen la misma naturaleza jurídica y merecen el mismo trato (sean de Tránsito o no), motivaron a la Subsecretaría de Justicia al dictado de la resol. 19/GCABA/SSJUS/13, para que la Dirección General de Administración de Infracciones disponga las acciones que resultaran necesarias para efectivizar los principios y el espíritu de las leyes 1217 y 4340 rescatando el carácter de unicidad de todo el sistema”. (fs. 45)

¹⁷⁹ “Art. 2° — Disuélvese la Dirección General de Control de Faltas Especiales dependiente de la Dirección Ejecutiva de la Agencia Gubernamental de Control, quedando en tal sentido modificado el Anexo I de la ley 2624”.

4.4. En este contexto, la Procuración General sostiene que la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 no hace más que reglamentar el sistema que denomina “unificado”, de atención de faltas. En ese sentido, afirma que “[d]ebe considerarse a la Resolución cuestionada, como la norma reglamentaria de dicho art. 3º de la ley 4340” (fs. 48).

5. Numerosas razones me llevan a considerar que la versión propuesta por el GCBA es insostenible:

- i) los términos de la ley 4340 en los que se apoya para sostener que existió una transferencia de funciones seguida de la extinción de la UAAFE (art. 1, ver apartado 2.5 de este voto) ya habían sido empleados por la ley 2624 (inc. b del art. 4º, véase apartado 2.4 de este voto) sin que ello implicara la disolución de la UAAFE. La ley 2624 no extinguió esa Unidad —pues volvió a ser objeto de reglamentación con posterioridad—, de modo que la ley 4340, con idéntica técnica legislativa, tampoco pudo hacerlo. Además, y tal como lo destaca el Ministerio Público Fiscal en su dictamen, “en el marco de la propia ley 4340, cuando el legislador ha pretendido disolver una determinada área, lo ha hecho expresamente, como puede advertirse de su art. 2º...” (fs. 56).
- ii) el dec. 424/13 —posterior a la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 —, se refiere a la UAAFE y crea “en la órbita de la Dirección General de Administración de Infracciones dependiente de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad, la Unidad de Enlace de la Unidad Administrativa de Control de Faltas y las Unidad de Enlace de la Unidad Administrativa de Faltas Especiales” (art. 2º). La creación por parte del Poder Ejecutivo de una Unidad de Enlace para la UAAFE da cuenta de que esta no fue disuelta por la ley 4340, como es obvio.
- iii) en su intervención en la audiencia pública que tuvo lugar el 30 de abril de este año en el Tribunal, la Procuración General varió el sentido de sus argumentos y negó que la resol. 19/GCABA/SSJUS/13 fuera una norma reglamentaria de la ley 4340. En el minuto 18:53 del registro audiovisual de ese acto procesal puede observarse a la representación letrada del GCBA afirmar que “no estamos ante una reglamentación de ninguna ley, sino a una disposición interna que solamente distribuye funciones”.

5.1. Por último, y tal como lo señaló el Ministerio Público Fiscal en su dictamen de fs. 54/57 vuelta, “aun cuando la UAAFE se hubiera disuelto (lo que como se viera constituye una afirmación errónea) y sus obligaciones se encontrasen en cabeza de la DGAI, no cabría que, por una mera Resolución, se altere la distribución de competencias establecida por la ley”. Si las competencias de la UAAFE hubieran sido transferidas a la DGAI serían sus agentes, y no los de la UACF, los facultados y obligados a ejercerlas.

6. Como se sigue de lo explicado, asiste razón a la Dra. Piñero cuando denuncia que la resolución objeto de la demanda infringe el art. 102 de la Constitución local, pues efectúa una distribución de competencias entre agentes administrativos que contraría expresamente aquella dispuesta por ley. A su vez, como quedó demostrado, los exiguos argumentos propuestos por el GCBA en ocasión de contestar demanda y de intervenir en audiencia pública también resultaron contradictorios; de modo que no son capaces de resistir la impugnación realizada por la accionante.

7. Por las razones expuestas corresponde declarar la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de la resol. 19/GCABA/SSJUS/13. Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Desde mi punto de vista, los fundamentos desarrollados por la doctora Alicia E. C. Ruiz en su voto y los argumentos expuestos en sentido concordante por el Sr. Fiscal General en el dictamen de fs. 53/57 vuelta dan un tratamiento acabado y suficiente a la cuestión sometida a conocimiento de este Estrado. Por ello, en honor a la brevedad, hago propias aquellas consideraciones.

2. Aun a riesgo de resultar reiterativo, insisto en resaltar que la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales (en adelante, UAAFE), como organismo fuera de nivel, fue creada *por la Legislatura* y, mediante la ley 2128 que le dio origen, quedó determinada la especificidad de los asuntos de su competencia.

Ni del texto de la ley 4340 —ni de la versión taquigráfica de la sesión en la que se sancionó la referida norma— surgen consideraciones claras que permitan afirmar que la intención del Legislador haya sido derogar las previsiones de ley 2128 sino todo lo contrario, puesto que en el art. 3 de la ley 4340 dispone que la Dirección General de Administración de Infracciones (en adelante, DGAI) “ejercerá el control funcional de las Unidades Administrativas de Control de Faltas Especiales y de Control de Faltas”, individualizando ambos órganos de manera separada. Por ello, no es posible sostener que el contenido de la ley 2128 pueda ser desvirtuado ahora mediante una resolución de la Subsecretaría de Justicia de la Ciudad que ordena a la DGAI que distribuya las causas pendientes de tramitación entre la UAAFE y la Unidad Administrativa de Control de Faltas (en adelante, UACF) sin distinción de especialidad.

Si bien la Constitución local establece que el Jefe de Gobierno tiene potestades para determinar la estructura y organización funcional de los organismos de su dependencia, de acuerdo a lo que disponga la ley de Ministerios sancionada por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo (conf. arts. 104, inc. 9º; 80, inc. 5º y 100 de la CCABA), lo cierto es que, mientras se encuentre vigente una ley que establece un condicionante en el diseño de la organización interna de la Administración Central, el Poder Ejecutivo y sus órganos deben estarse a la pauta establecida y, eventualmente, proponer los cambios que se estimen necesarios de acuerdo a criterios de oportunidad, mérito o conveniencia en ejercicio de facultades colegislativas (en el caso, la de la iniciativa).

Por lo demás, tal como señalan el señor Fiscal General y la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, pareciera que el propio Poder Ejecutivo, mediante una norma posterior y de superior jerarquía a la de la resolución cuestionada, al modificar la estructura del Ministerio de Justicia y Seguridad del GCBA conforme a lo establecido en la ley de Ministerios y en la posterior ley 4340, tuvo en cuenta en todo momento la especificidad funcional de la UAAFE y de la UACF, conforme lo previsto en la ley 2128 (véase, en particular, el art. 2 del dec. 424/2013 por el que se crearon en la órbita de la DGAI dependiente de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad, la Unidad de Enlace de la Unidad Administrativa de Control de Faltas y la Unidad de Enlace de la Unidad Administrativa de Atención de Faltas Especiales; como así también los anexos que integran el decreto en cuestión, en los que, al detallar las responsabilidades primarias de los distintos órganos del Ministerio reiteradamente se diferencian las competencias en relación a la UAAFE y la UACF). Lo mismo cabe colegir del dec. 270/2014, que también modificó parcialmente la estructura organizativa del Ministerio de Justicia y Seguridad, por cuanto en los anexos que detallan las responsabilidades primarias de la Subsecretaría de Justicia y de la DGAI también se alude a la UACF y a la UAAFE como unidades diferenciadas.

Así pues, la solución que propicia mi colega Ruiz —y que acompaño— se fundamenta en la prelación jerárquica de las normas y en la preeminencia de la ley 2128,

cuya vigencia no fue desconocida. En otras palabras, el vicio que afecta a la resol. 19/GCBA/SSJUS/2013 viene dado por desconocer la “norma sobre normación” que en este supuesto ha venido a instituir una “reserva de jerarquía” y que, por el paralelismo de rango, obliga a modificar las leyes por medio de leyes —salvo que la Legislatura hubiera obrado por fuera de sus competencias, lo que no se discute en el *sub examine*.

3. Todo lo hasta aquí expuesto no importa abrir juicio sobre el acierto o conveniencia de utilizar una estructura en los órganos de contralor de faltas como la que se ha pretendido instrumentar mediante la resol. 19/GCBA/SSJUS/2013 aquí impugnada; sino tan solo señalar que cualquiera sea el diseño que se proponga, aquel deberá ser enderezado por la vía constitucionalmente válida a esos fines, y no por un precepto subalterno.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del Sr. Fiscal General, por mayoría

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por la Dra. Alicia Nilda Piñero a fs. 2/7.

2°. *Imponer* las costas en el orden causado (art. 25, LPTSJ).

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXIV - MINISTERIO PÚBLICO - DEFENSORÍA GENERAL DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN WEBER, JAVIER CLAUDIO S/INFR. ART. 149 BIS, C.P.

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Trámite. Terminación del proceso. Extinción de la acción penal. Fallecimiento. Cuestión abstracta.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.221/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad dedujo queja (fs. 112/119) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 101/105), a través de la cual se denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido (fs. 90/98), a su vez, contra el pronunciamiento anterior (fs. 82/89) que confirmó parcialmente la sentencia condenatoria dictada en primera instancia (fs. 1/37) respecto del imputado —a la pena de nueve (9) meses de prisión de efectivo pronunciamiento—, por haber sido encontrado responsable del delito de amenazas, y revocó el punto II en cuanto había tenido por compurgada dicha sanción con el tiempo de detención sufrido por el imputado en otro proceso judicial.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, el defensor oficial sostuvo que la decisión era arbitraria y afectaba los principios de inocencia, *in dubio pro reo* y de culpabilidad. Cuestionó el modo en que se había valorado la prueba y afirmó que el único elemento de cargo para sostener la imputación era la declaración de la denunciante. También criticó el monto de la sanción aplicada por superar el mínimo legal.

3. La Sala II, a su turno, declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad por entender que la defensa no había planteado un caso constitucional y tampoco había efectuado una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que consideraba equivocada.

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar la intervención requerida, opinó que el Tribunal debía rechazar la queja toda vez que los agravios invocados por la parte recurrente solo dejaban traslucir su desacuerdo con la valoración que los jueces de mérito hicieron respecto de los elementos de convicción vinculados a la participación y responsabilidad de su defendido (fs. 123/125).

5. Una vez que las actuaciones se encontraban en estado de ser resueltas, la titular interinamente a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 27 informó a este Tribunal que la defensa del Sr. Weber le había hecho saber el fallecimiento del nombrado. Posteriormente, a requerimiento de este Tribunal, el magistrado interinamente a cargo del mencionado juzgado acompañó copia del certificado de defunción del imputado y de la decisión mediante la cual se había resuelto declarar la extinción de la acción penal por muerte de Javier Claudio Weber, la cual se encuentra firme según la certificación efectuada por la Secretaría interviniente (fs. 138/139 y 143/147).

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, INÉS M. WEINBERG y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

El juez interviniente declaró extinguida la acción penal por la muerte de Javier Claudio Weber, decisión que ha cobrado autoridad de cosa juzgada y resulta irrevocable (conf. fs. 144/145 y 147).

En esas condiciones, las cuestiones planteadas por el Sr. Defensor General han devenido abstractas y corresponde, entonces, dar por concluido el trámite de la queja.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La circunstancia de que da cuenta el punto 5 de los “resulta” (que ha recaído sentencia declarando extinguida la acción penal “...por muerte del imputado...” [v. fs. 145] y que esa decisión se encuentra firme [fs. 147]), determina que no subsiste el interés jurídico denunciado por la Defensa, recurrente, por lo que corresponde rechazar la queja de fs. 112/119.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que le compete al Fiscal General Adjunto,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Dar por concluido* el trámite de la queja interpuesta.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXV - PALLITTO, ALEJANDRO VÍCTOR Y OTRO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN RÍOS DEL MÓNACO, MARÍA TERESA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA. Archivo de las actuaciones.

Expte. SAO n° 11.060/14 - 29/10/2014

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Alejandro Víctor Pallitto y la Sra. María Teresa Ríos del Mónaco presentan queja por privación, retardo y denegación de justicia, ante el Tribunal (fs. 11/13).

Plantean que recurren la resolución del 7 de mayo —por la que la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que los actores dedujeron contra la resolución que consideró desierto su recurso de apelación— “ante la vulneración de la garantía constitucional del defensor público (...) acaecida con motivo del trámite de la Acción Constitucional de Amparo iniciada por esta parte (...) ante la inconstitucionalidad de las leyes 4049 y 4040 de la CABA” (fs. 11). Requieren que “se haga lugar al Recurso solicitado, ordenando declarar la falsedad ideológica de la resolución de fecha 22/5/2012 impuesta por el inferior (*sic*) Scheibler” (fs. 12) —que desestimó la demanda por entender que los actores no habían subsanado los defectos u omisiones en el plazo fijado (art. 277 CCAyT)—, “ilícitamente avalada(s) por los integrantes de la Sala III” (fs. 12 vuelta).

Por otra parte, manifiestan que la “Dirección de Rentas del GCBA ha dirigido intimaciones de pago y embargo respecto de bienes motivo de amparo, que constituyen la vivienda de los solicitantes, circunstancia que sin hesitar acredita el verdadero perjuicio irrogado con la privación, retardo y privación de justicia” (fs. 12, se han suprimido las mayúsculas y subrayados del original).

La jueza de trámite intimó a los presentantes a que constituyeran domicilio procesal y denunciaran el real (fs. 15).

La intimación quedó notificada *ministerio legis* (conf. art. 117 CCAyT aplicable por art. 2° de la ley 402), y vencido el plazo otorgado, los actores no cumplieron con lo requerido.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

I. El escrito de fs. 11/12, en el que los firmantes no han constituido domicilio —pese a la intimación cursada en los términos del 269, inc. 1°, CCAyT (fs. 15)— no solo resulta sumamente confuso sino que carece de los requisitos mínimos exigidos por el art. 36 de la ley 402 para ser considerado un caso de privación, denegación o retardo de justicia, conforme la doctrina del Tribunal *in re* “Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia en ‘GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal’”, expte. n° 2601/03, resolución del 13/11/2003 y “Asociación Vecinos de Plaza Italia s/queja por retardo, privación o denegación de justicia, en ‘Arzel, Miguel Ángel y otros c/GCBA s/amparo’”, expte. n° 4053/05, resolución del 7/7/2005.

2. Los denunciantes no adujeron por qué, frente al dictado de la resolución de la Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 7/5/2014 que declara la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad deducido por los representantes (véase fs. 1), no acudieron al medio que habilita el art. 33 de la ley 402 para el caso específico —Queja por Denegación de Recurso—, ni explicaron las razones que impiden, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal (conf. art. 36, inc. c, ley 402).

El Tribunal ha sostenido reiteradamente que el procedimiento establecido en el art. 113, inc. 4º, párr. 1º, CCABA, y reglado por los arts. 36 y 37 de la ley 402, no tiene por finalidad remediar situaciones que solo expresan la disconformidad de quien reclama frente a decisiones que efectivamente fueron dictadas.

3. Por lo expuesto, voto por desestimar el planteo efectuado por el Sr. Alejandro Víctor Pallitto y la Sra. María Teresa Ríos del Mónaco. Solo corresponde, en consecuencia, dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de la queja.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, INÉS M. WEINBERG, LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las presentes actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXVI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM SA C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS; Y SU ACUMULADO, EXPTE. SACAYT N° 10.206: TELECOM ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM SA C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Impuesto sobre los ingresos brutos. Actividad de intermediación: concepto, caracteres. Intermediario. Base imponible. Alícuota. Mandato. Error de derecho. Error excusable. Prueba. Presunciones o indicios. Ilícitos tributarios. Omisión de impuestos.

SUMARIOS:

1. El error de derecho, para actuar como eximente, además de ser esencial, debe ser excusable, es decir no debe haber mediado culpa o dolo del contribuyente o responsable. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

2. El "error excusable" que podría neutralizar la culpabilidad y dispensar la aplicación de la multa no obliga, necesariamente, a que el contribuyente demuestre que sobre el punto, para aventar cualquier incertidumbre, haya efectuado la consulta respectiva al Organismo Fiscal por cuanto los criterios que puede evacuar el titular de la potestad

tributaria aplicativa no siempre se corresponden, en el supuesto de generarse controversias, con los que finalmente resultan de los pronunciamientos de la justicia en la instancia revisora, al momento de saldar las diferencias sobre los hechos y el derecho, en términos de verdad legal. (*Voto del juez José O. Casás*).

3. Para tener por configurado el “error excusable” de parte del contribuyente podrá bastar que se configuren diversas situaciones, tales como: la extrema complejidad de los hechos y su difícil encuadramiento en los presupuestos normativos; que el temperamento adoptado por el contribuyente aparezca como prudente, moderado y adecuado al desarrollo cotidiano de sus actividades; que su conducta frente al Fisco lo muestre como un contribuyente habitualmente cumplidor; la oscuridad de las normas y su mutación incesante; las opiniones brindadas por los autores más calificados de esta rama jurídica como también, en algunos casos, los pronunciamientos judiciales contradictorios o las decisiones de tribunales colegiados no adoptadas por unanimidad. (*Voto del juez José O. Casás*).

4. En el ilícito por omisión se presume la existencia de un componente subjetivo en grado de “culpa”, lo cual habilita al contribuyente a producir todas las probanzas que fueren menester para demostrar que su obrar resulta inculpable, por cuanto no se puede exigir de los obligados tributarios un grado de *infalibilidad*, que no se encuentra presente ni siquiera en los agentes públicos, lo que demuestra la razón de ser de que a menudo los decretos o las leyes se deroguen o modifiquen, y que, en algunos casos, las sentencias se revoquen por las instancias revisoras. (*Voto del juez José O. Casás*).

5. Resulta por demás peligroso, y así lo ha sostenido consistentemente la doctrina comparada, otorgar a los funcionarios fiscales —al evacuar las consultas— una suerte de “*ius publice respondendi*” como el que concediera en la antigua Roma el Emperador Augusto a sus más destacados juristas, al convertir sus opiniones en *lex auctoritate sua*. (*Voto del juez José O. Casás*).

6. Los contratos a que hace mención el art. 147 del C.F., t.o. 1999, abarcan a las personas que la doctrina ha identificado como “auxiliares autónomos” del comercio. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

7. En el art. 147 del C.F., t.o. 1999, el legislador ha empleado el término “intermediarios” con el alcance de “auxiliares autónomos”. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

8. La frase “[t]oda actividad de intermediación”, que emplea el art. 44, inc. 12, de la Ley Tarifaria tiene necesariamente que utilizar con igual sentido la misma palabra, por lo que, al comprender toda actividad de intermediación, lo hace también con todas las enumeradas ejemplificativamente en el 147 del C.F., t.o. 1999 —“comisionistas, consignatarios, mandatarios, corredores y representantes, o cualquier otro tipo de intermediarios en operaciones de naturaleza análoga”—. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

9. La actividad de intermediación a que se refiere el Código Fiscal y la Ley Tarifaria no se agota en poner en contacto a dos personas. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

10. El concepto de intermediación de la normativa fiscal alcanza todos los ingresos que obtiene una persona por realizar actos jurídicos por orden de otra, el comerciante, y siempre que la relación que los una no sea una de dependencia. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

11. Se está ante a una actividad de intermediación cuando: se está frente a alguno de los contratos que indica el art. 147 del C.F., to 1999, o a ingresos que son el fruto de actividades “análogas” a ellas. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

12. En el supuesto de no estar frente a uno de los contratos mencionados en el art. 147 del C.F., to 1999, existen clases de pruebas o indicios que permiten establecer si existe una actividad de “intermediación”. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

13. En el supuesto de no estar frente a uno de los contratos mencionados en el art. 147 del C.F., to 1999, para establecer si existe una actividad de “intermediación”, no solo hay que analizar la operatoria sino también los gastos en que han incurrido las

personas involucradas, el supuesto mandante y mandatario (intermediario). También hay que establecer sobre qué base tributó el ISIB tanto el mandante como el mandatario. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

14. Interpretar que el art. 44 inc. 12, de la Ley Tarifaria, al referirse exclusivamente a “la actividad de intermediación”, no alcanza a la actividad del mandatario, comisionista, consignatario, etc., arrojaría como resultado que quienes realizan actividades cuya naturaleza es análoga, lo que implica en el tributo que nos ocupa análoga capacidad contributiva exteriorizada por el consumidor, tributen de modo muy distinto. Todos (mandatarios, consignatarios, comisionistas, etc. e intermediarios en general) tributarían sobre base reducida y solo los últimos a una alícuota mayor. Esa solución no parece coherente, y al intérprete no le es dable suponer la falta de coherencia en el Legislador. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

15. El intermediario se limita a cumplir el mandato convenido, pero no forma parte de la operación comercial. Si el intermediario formara parte de la operación comercial dejaría de ser un intermediario para convertirse en parte del negocio. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

16. Quien ofrece un negocio en el que participa no es intermediario sino parte en él, es decir, ofrece sus servicios, aunque estos sean prestados en sociedad con otras personas. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

17. El dato esencial para que exista un mandato lo constituye el hecho de que quien actúa lo haga por orden de otra persona. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

Expte. SACAyT n° 10.167/13 - 29/10/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Telecom Argentina Stet France Telecom SA (en adelante, Telecom) promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), a fin de que se decrete la nulidad de la resolución de la Secretaría de Hacienda n° 619/2013, confirmatoria de las resols. 3574/DGR/2000, 5104/DGR/2001 y 3354/DGR/2002, y se deje sin efecto en todas sus partes la pretensión del Fisco de exigirle el pago de la suma reclamada en concepto de Impuesto sobre los Ingresos Brutos, por aplicación del art. 44 inc. 12 de la ley tarifaria n° 151 (tasa del 4.9% en lugar de la tasa del 3%) a ciertas actividades de la empresa: prestación del servicio de facturación y cobro, prestación del servicio de gerenciamiento a Telintar SA e intereses por financiación a sociedades vinculadas (fs. 76/106 vuelta).

Expresó que la resol. 3574/2000, por la que se dio inicio al procedimiento de determinación de oficio, es nula por falta de motivación, toda vez que indica, como único fundamento, que la empresa es intermediaria entre los prestadores de servicios y el público usuario. Agregó que la resol. 5104/2001 determinativa de oficio es inválida por vicios en el procedimiento —toda vez que se basó en un acto previo nulo, además de haber sido dictada sin mediar previo dictamen jurídico— y, por otra parte, objetó el rechazo de las medidas probatorias ofrecidas. Finalmente, alegó la nulidad de las resols. 3354/2002 y 619/2003, por considerar que no pueden subsanar los vicios contenidos en las anteriores.

Solicitó asimismo, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de dichos actos administrativos.

2. El GCBA contestó demanda (fs. 107/157 vuelta). Defendió la validez de las resoluciones cuestionadas y explicó que mediante ellas se establecieron ajustes a favor del Fisco local correspondientes a los períodos 10 a 12/1996, 1 a 12/1997, 1 a 12/1998 y 1 a 3/1999, en los cuales el contribuyente había aplicado la alícuota del 3% para el total de los ingresos declarados, cuando debería haberla aplicado solamente a los servicios de telecomunicaciones, pues el resto de sus actividades (servicios de facturación y cobro prestados por cuenta y orden de terceros, intereses por préstamos y derechos de publicación en guías) estaban gravadas con la alícuota del 4,9%.

3. La Sra. jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, declaró la nulidad de la resol. 619/2003 respecto del rubro “gerenciamiento” y la rechazó respecto de los rubros “facturación y cobro” e “intereses soc. art. 33”; redujo la multa en un 43,34% e impuso las costas en un 80% a cargo de la actora y en un 20% a cargo de la demandada (fs. 1/11).

Dicha sentencia fue apelada por ambas partes (véase fs. 12/18 —expresión de agravios del GCBA— y fs. 180/194 —expresión de agravios de Telecom—). Luego de contestados los traslados respectivos (fs. 158/159 vuelta, Telecom; y fs. 195/209, GCBA), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso interpuesto por la actora, declaró desierta la apelación deducida por el GCBA y confirmó la sentencia de grado en lo que fue materia de agravios (fs. 20/28).

Para así decidir, la Dra. Weinberg —a cuyo voto adhirieron los Dres. Díaz y Balbín— sostuvo que la actividad de facturación de Telecom por cuenta y orden de Telintar era considerada intermediación, y por ello debía ser gravada con la alícuota del 4,9%, pues “...mediante el servicio de facturación y cobro brindado, la actora vincula a sus propios usuarios nacionales con el proveedor del servicio internacional —en la especie Telintar— volcando los distintos consumos en una única factura. De este modo, la accionante concreta el acercamiento entre las partes intervinientes, obteniendo una comisión por ello” (fs. 22 vuelta).

Asimismo, entendió que también había existido intermediación en la relación contractual que vinculaba a la actora con Publicom SA, puesto que los anunciantes que contrataban el servicio de publicidad de esa empresa lo hacían en la guía telefónica de la actora. Dijo que “[n]o puede dejarse de remarcar que, la pertenencia de la guía de teléfono a la firma Telecom representó un elemento primordial a fin de posibilitar el concreto acercamiento entre las partes, concluyendo luego estas los términos de dicho vínculo” (fs. 23).

En cuanto a la decisión relativa a los “intereses sociedades art. 33”, sostuvo que la accionante no individualizó los rubros que integran la cuenta descripta, y al incluirse entre ellas el “servicio de cobranza prestado a Publicom” —considerada como actividad de intermediación—, coincidió con la jueza de primera instancia en cuanto debía gravarse la misma con la alícuota del 4,9% por aplicación del art. 172 C.F. año 2001.

Respecto de la multa aplicada a la empresa, expresó que Telecom no demostró haber evacuado los distintos medios conducentes a fin de determinar los alcances del término “intermediación” y, en consecuencia, no encontraba corroborado en autos que la contribuyente prestara una conducta diligente para evitar incurrir en el error que alegaba (fs. 24 vuelta).

Por último, consideró que el recurso articulado por el GCBA debía declararse desierto por no contener una crítica concreta y razonada de la sentencia en los términos del art. 236, CCAyT (fs. 24 vuelta/25).

La Dra. Díaz realizó algunas consideraciones adicionales, a las que adhirió el Dr. Balbín, en las que analizó las características del negocio que vinculaba a la actora con

las distintas empresas en cuanto a la actividad de “facturación y cobro”, para concluir que existía “intermediación”, habida cuenta la participación indispensable de Telecom que permitía a terceras empresas entablar diversas relaciones jurídicas con sus clientes, y que la retribución consistía en porcentajes a favor de la accionante (fs. 25 vuelta/28).

4. Contra dicha sentencia, tanto la actora (fs. 213/232) como el GCBA (fs. 29/40) interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad, los cuales fueron respondidos por ambas partes (fs. 160/165, Telecom; y fs. 233/249 vuelta, GCBA).

Telecom expresó los siguientes agravios: *a)* la Cámara focalizó el análisis con base en la interpretación del término intermediación contrastado con la actividad de la accionante, pero omitió examinar la ley tributaria en su conjunto, a fin de establecer la real intención del legislador en función de lo que la norma en su integridad permite inferir, por lo que ha cometido un error al encasillar las actividades dentro del art. 44, inc. 12 de la ley tributaria (fs. 221 vuelta); *b)* la actividad de Telecom no encuadraba dentro de las definiciones de intermediación, pues era posterior a la conclusión del negocio jurídico entre el usuario y la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones, y estaba limitada a la emisión de la factura y posterior cobro (fs. 225 vuelta); *c)* el hecho de que la empresa Telintar interconectara sus redes con las de Telecom para asegurar la prestación del servicio de telefonía internacional a sus clientes no podía interpretarse como una actividad desplegada por la actora para forzar el acercamiento entre sus clientes y aquella empresa (fs. 226), además de resultar equivocado iniciar el análisis de la cuestión a resolver desde la perspectiva de la prestación del servicio de telefonía internacional cuando lo que estaba en discusión era la prestación del servicio de facturación y cobro (fs. 227); *d)* la Cámara confundió la contraprestación que recibía Telecom por la cesión a Publicom de los derechos de publicación, distribución y explotación de las guías de usuarios abonados al servicio telefónico (que no era motivo de debate en esta *litis*), con las sumas que percibía por la prestación del servicio de facturación y cobro, las cuales no constituían intermediación (fs. 229); *e)* no era cierto que de la documentación agregada en la causa no fuera posible elucidar si los intereses estaban originados en un préstamo o debían seguir por su origen la suerte de la principal, y ser alcanzados por la alícuota general según el rubro principal que lo generara, pues de la cuenta 9021.3 surgía que los rubros de intereses estaban lo suficientemente diferenciados de los que podrían haber tenido origen en un crédito por la prestación del servicio de facturación y cobro (fs. 230 y vuelta); y *f)* debido a la indeterminación del término intermediación utilizado en el Código Fiscal, evidenciada durante todo el proceso, resultaba arbitraria la sentencia de la Cámara, en tanto sostenía que la actora no había incurrido en un error excusable, a los fines de ser eximida de la multa (fs. 230 vuelta/231).

Por su parte, el GCBA sostuvo que la sentencia atacada: *a)* vulneraba el debido proceso y el derecho de defensa, por no tener en cuenta los argumentos por él esgrimidos, los cuales sí habían sido una crítica a la sentencia de primera instancia (fs. 31 vuelta/38); y *b)* violaba el principio de legalidad, en tanto impuso las costas por el incidente de caducidad a su cargo, apartándose de lo establecido en el art. 62, CCAyT (fs. 38/39 vuelta).

5. Los recursos de inconstitucionalidad fueron denegados (fs. 42/43 vuelta).

Contra dicho denegatoria, ambas partes se alzaron en queja el Tribunal. A fs. 48/59 vuelta obra el recurso directo de la demandada, mientras que la queja de la actora luce a fs. 260/279 vuelta.

En su dictamen de fs. 391/393 vuelta, el Sr. Fiscal General Adjunto propició el rechazo de los recursos directos deducidos.

6. A fs. 395 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCaYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) Recursos de queja:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Las quejas interpuestas por ambas partes han sido articuladas en debido tiempo y forma, sin embargo no podrán prosperar, toda vez que los agravios en ellas expresados no logran conmover lo sostenido por la Cámara al denegar los recursos de inconstitucionalidad en cuanto a la inexistencia de un genuino caso constitucional.

2. En lo relativo a la impugnación constitucional deducida por *Telecom Argentina S.A.*, cabe resaltar que en su recurso de inconstitucionalidad expresó que "...se encuentra en juego la interpretación del Código Fiscal (año 1999), y lo decidido por la cámara lesiona derechos constitucionalmente protegidos (arts. 12, inc. 5°), 13 inc. 3°, 51, 80 inc. 2° apartado a) y 81 inc. 9° de la CCABA; y arts. 17 y 18 de la C.N.)..." (fs. 221 vuelta).

Sin embargo, tal como surge de sus agravios —resumidos en el considerando 4, párr. 2° de los resultados—, la discusión traída a conocimiento de este TSJ por parte de la actora versa sobre la interpretación y aplicación que los jueces de la causa hicieron de las normas del Código Fiscal y de la Ley Tarifaria, así como del análisis formulado sobre sus actividades y conducta tributaria. Todas ellas constituyen cuestiones de hecho y prueba, y de interpretación de normas infraconstitucionales, que resultan en principio ajenas al análisis del TSJ por vía del recurso de inconstitucionalidad, y tampoco se demostró la existencia de un supuesto de "sentencia arbitraria" que justifique la intervención de este Tribunal en este tipo de temáticas.

2.1. En cuanto a la actividad de "facturación y cobro" que realizaba por encargo de las empresas Telintar y Publicom, el accionante sostiene que consistía en una mera prestación de servicios —y no una intermediación— distinta e independiente de la relación contractual que la ligaba a ambas partes —respecto de Telintar, el convenio de interconexión que regulaba la prestación del servicio de telefonía internacional con la utilización de las líneas telefónicas cuya licencia ostentaba Telecom; y en el caso de Publicom, la cesión de derechos de publicación, distribución y explotación de las guías de usuarios abonados al servicio telefónico—; y que el hecho de que en los contratos de Telecom con Telintar y Publicom se pactase la retribución en forma de porcentaje sobre el monto de facturación no modificaba la circunstancia de que se trataba de una prestación de servicios.

Ahora bien, tales planteos han sido adecuadamente analizados y desestimados por el tribunal *a quo*, quien estimó —por el contrario— que no podía ponderarse la actividad de "facturación y cobro" en forma autónoma al negocio principal que unía a ambas partes. Luego de analizar integralmente las características de ambos negocios y la participación asumida por la empresa Telecom en el marco del servicio de telefonía internacional prestado por Telintar —considerada indispensable habida cuenta que dicho

servicio se vale de las redes telefónicas de Telecom, quien vuelca los distintos consumos de llamadas nacionales e internacionales de sus usuarios en una única factura—, y de la actividad de publicación, distribución y explotación de las guías de usuarios del servicio telefónico llevada a cabo por Publicom —destacando que la pertenencia de la guía telefónica a la firma Telecom representó un elemento primordial a fin de posibilitar el acercamiento entre anunciantes y Publicom—, concluyó que se constataba en ambos casos el elemento típico de la intermediación, pues Telecom facilitaba el acercamiento entre Telintar y Publicom con sus clientes (usuarios del servicio de telefonía internacional y anunciantes publicitarios, respectivamente), obteniendo una comisión por ello.

Como podemos apreciar, el planteo de Telecom consiste en una mera discrepancia con la forma en que la Cámara interpretó y aplicó el concepto de “intermediación” previsto en la normativa fiscal y tarifaria —como presupuesto fáctico de aplicación de una alícuota agravada (4,9%) del ISIB— y analizó las características del negocio jurídico que vinculaba a Telecom con Telintar y Publicom, cuestión de hecho y derecho infraconstitucional ajena al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva extraordinaria. Tampoco demostró falencias en el razonamiento judicial que descalifiquen a la sentencia recurrida en cuanto acto jurisdiccional válido; por el contrario, se limitó a insistir con argumentos que fueron tratados y rechazados, con fundamentos serios y suficientes —más allá de su acierto o error—, por los jueces de mérito.

2.2. Los agravios dirigidos contra lo decidido respecto de los “intereses sociedades art. 33”, tampoco tendrán favorable acogida.

La Cámara afirmó que Telecom no individualizó los rubros que integraban la cuenta descripta, y al incluirse entre ellas el “servicio de cobranza prestado a Publicom” —considerada como actividad de intermediación—, consideró que él debía gravarse con la alícuota del 4,9% por aplicación del art. 172 C.F. año 2001.

En un escueto desarrollo, el recurrente discrepa con esta decisión, pero no indica —más allá de una insuficiente mención ejemplificativa— cuáles son los hechos y pruebas que permitirían descalificar al fallo atacado.

2.3. Por último, respecto de la multa, cabe recordar que el error de derecho, para actuar como eximente, además de ser esencial, debe ser excusable, es decir no debe haber mediado culpa o dolo del contribuyente o responsable.

El accionante insiste con invocar la existencia de un “error excusable”, basándose en que no podía sostenerse válidamente que no haya habido cuanto menos un lugar para la duda respecto de la alícuota aplicable frente al ISIB. Sin embargo, el recurrente omite rebatir la fundamentación desarrollada por la Cámara para desestimar este planteo, según la cual la actora no demostró haber evacuado los distintos medios conducentes a fin de determinar los alcances del término “intermediación”, como hubiera sido una consulta o pedido de interpretación de las normas tributarias ante la Secretaría de Hacienda y Finanzas [conducta que no resulta desproporcionado exigir a empresas de la envergadura de la actora, conf. mi criterio expuesto en “Volkswagen Argentina SA c/GCBA – Dirección General de Rentas (resol. 387-DGR-2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR”, expte. n° 6517/09, y sus acumulados, sentencia del 10/8/2011, precedente citado en el pronunciamiento de Cámara], y en consecuencia no encontraba corroborado en autos que la contribuyente prestara una conducta diligente para evitar incurrir en el error que alega.

Por estos motivos, este planteo también debe ser desestimado.

3. La pretensión recursiva del *GCBA* tampoco podrá ser atendida.

3.1. En primer lugar, respecto del agravio expresado por la demandada en su recurso de inconstitucionalidad, contra la imposición de costas del incidente de caducidad a su cargo (véase ap. V.2, fs. 38/39 vuelta), no corresponde expedirse en esta instancia, toda vez que la crítica no ha sido sostenida por el GCBA en su recurso directo (véase fs. 48/59 vuelta).

3.2. En cuanto al resto de los planteos, a pesar de las citas de diversas disposiciones de jerarquía constitucional que contienen los recursos de inconstitucionalidad y queja del demandado, los planteos propuestos solo traducen una discrepancia con la sentencia de la Sala I que *declaró desierto* su recurso de apelación, por considerar que la mencionada pieza recursiva no contenía una crítica concreta y razonada de lo decidido por el señor juez de grado.

Así las cosas, cabe recordar que las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación son de *índole procesal*, se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad. Además, téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en igual sentido, ha dejado sentado en numerosos precedentes que “lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario” (conf. *in re*: “Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina —Poder Judicial de la Nación—”, sentencia del 7/12/1988, *Fallos*, 311:2629; véase idéntica doctrina en *Fallos*, 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

Desde esta perspectiva, más allá de su acierto o error, el decisorio de la Cámara no excede el límite de las facultades que le son propias y exhibe fundamentos de orden procesal que bastan para sustentarlo; y si bien el recurrente discrepa con lo resuelto, no rebate puntualmente los desarrollos expresados por el tribunal *a quo* ni logra demostrar que el pronunciamiento de la Sala I haya incurrido en arbitrariedad o en un injustificado rigor formal incompatible con su derecho de defensa.

4. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar los recursos de queja interpuestos por ambas partes.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Comparto la solución que propicia en su completo voto mi colega la jueza Ana María Conde y consiguientemente participo de la opinión de que las quejas con que pretenden sostenerse sendos recursos de inconstitucionalidad denegados, incoados ante este Estrado por “Telecom Argentina Stet France Telecom S.A.” y por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden prosperar.

2. La queja interpuesta por la actora sostiene que su actividad desplegada frente al Impuesto sobre los Ingresos Brutos debe tributar a la alícuota general del 3%, en tanto los servicios de facturación y cobro prestados por cuenta y orden de terceros, intereses por préstamos y derechos de publicidad en guías, no califican como “intermediación”, actividad que hace operar sobre la base imponible la alícuota del 4,9%. En este punto los agravios no tienen entidad suficiente para conmovir los fundamentos brindados por el tribunal *a quo*, los que, más allá de que puedan o no ser compartidos, brindan sustento suficiente a la sentencia apelada y se basan en consideraciones de hecho y de derecho que obstan a su descalificación como acto jurisdiccional válido.

3. Respecto del recurso de hecho incoado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto en relación a la imposición de costas del incidente de cadu-

cidad a su cargo como a otros planteos contra la sentencia de la Sala I que declaró desierto su recurso de apelación, al compartir los fundamentos de mi colega la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que la apelación que se intenta no contiene una crítica concreta y razonada de lo decidido por el señor juez de grado, también me expido por la improcedencia de la queja.

4. Finalmente, por los agravios que se formulan contra la multa impuesta en sede administrativa a la contribuyente, también entiendo que los mismos no poseen entidad suficiente para habilitar esta instancia de excepción, y solo marcan la discrepancia de la quejosa con la resolución del *a quo*, sin tomar en cuenta que la sustantiva reducción de la sanción pecuniaria en la etapa de revisión judicial bien pudo haber ponderado las dificultades de subsunción de las actividades de que se trataba en los distintos supuestos previstos en la economía del gravamen para el establecimiento de las alícuotas aplicables, haciendo mérito, de algún modo, al error excusable que aquí vuelve a invocar la obligada tributaria.

5. Si bien comparto no solamente las conclusiones sino también los fundamentos del ilustrado voto de mi colega, la jueza Ana María Conde, solo estimo imprescindible marcar una distinta apreciación en un aspecto que no resulta dirimente para discrepar con la solución que ella propicia en la presente causa. Ello así, en tanto estimo que el “error excusable” que podría neutralizar la culpabilidad y dispensar la aplicación de la multa no obliga, necesariamente, a que el contribuyente demuestre que sobre el punto, para aventar cualquier incertidumbre, haya efectuado la consulta respectiva al Organismo Fiscal por cuanto los criterios que puede evacuar el titular de la potestad tributaria aplicativa no siempre se corresponden, en el supuesto de generarse controversias, con los que finalmente resultan de los pronunciamientos de la justicia en la instancia revisora, al momento de saldar las diferencias sobre los hechos y el derecho, en términos de verdad legal. Es que, para tener por configurado el “error excusable” de parte del contribuyente podrá bastar que se configuren diversas situaciones, tales como: la extrema complejidad de los hechos y su difícil encuadramiento en los presupuestos normativos; que el temperamento adoptado por el contribuyente aparezca como prudente, moderado y adecuado al desarrollo cotidiano de sus actividades; que su conducta frente al Fisco lo muestre como un contribuyente habitualmente cumplidor; la oscuridad de las normas y su mutación incesante; las opiniones brindadas por los autores más calificados de esta rama jurídica como también, en algunos casos, los pronunciamientos judiciales contradictorios o las decisiones de tribunales colegiados no adoptadas por unanimidad.

Resulta claro que en el ilícito por omisión se presume la existencia de un componente subjetivo en grado de “*culpa*”, lo cual habilita al contribuyente a producir todas las probanzas que fueren menester para demostrar que su obrar resulta inculpable, por cuanto no se puede exigir de los obligados tributarios un grado de *infallibilidad*, que no se encuentra presente ni siquiera en los agentes públicos, lo que demuestra la razón de ser de que a menudo los decretos o las leyes se deroguen o modifiquen, y que, en algunos casos, las sentencias se revoquen por las instancias revisoras.

Además, resulta por demás peligroso, y así lo ha sostenido consistentemente la doctrina comparada, otorgar a los funcionarios fiscales —al evacuar las consultas— una suerte de *ius publice respondendi* como el que concediera en la antigua Roma el Emperador Augusto a sus más destacados juristas, al convertir sus opiniones en *lex auctoritate sua*.

De todos modos, en la presente causa no se observan razones de peso para dispensar a la actora de la ya morigerada multa, ya que los lábiles argumentos esgrimidos por la contribuyente no permiten tener por configurado el “error excusable”, que invoca.

En consecuencia, concluyo que las quejas de ambos contendientes deben ser rechazadas.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Expte. 10.167/13 (queja de la parte actora)

1. Tiene razón Telecom en que la sentencia de Cámara no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las constancias de la causa en cuanto resuelve, por los argumentos allí expuestos, que los ingresos que obtuvo por el “cargo por facturación y cobro” son el fruto de servicios de “intermediación” que prestó a diversas empresas (Telintar, Personal, CTI, Publicom, etc.) durante los periodos discutidos (ants. 10 a 12 de 1996, ants. 1 a 12 de 1997, ants. 1 a 12 de 1998 y ants. 1 a 3 de 1999); y que, como tales, siempre a juicio del *a quo*, deben tributar el ISIB a la alícuota del 4,9% (conf. el art. 147 del CF, to 1999, y del art. 44, inc. 12, de la LT, to 1999).

No obstante ello, adelanto que Telecom no muestra que corresponda arribar a una solución distinta de la que viene recurriendo.

2. La cuestión debatida consiste en establecer si ese “cargo” es la retribución por una “actividad de intermediación”, en los términos del art. 44 inc. 12 de la LT to 1999 (cuyo texto no difiere para el resto de los períodos discutidos, conf. art. 42 inc. 12 de la OT 1998, n° 52.239, 37 inc. 12 de la OT 1997, n° 51.269 y 32 inc. 12 de la OT n° 48.898). Ello, a fin de establecer la alícuota a que deben tributar en el ISIB los ingresos que Telecom obtuvo por esa actividad, si al 3% como lo venía haciendo o al 4,9% conforme la DO impugnada (la Resolución 5104/DGR/2001 y sus confirmatorias, las resols. 3354/DGR/2002 y 619/2003).

Vale destacar que no viene discutida la base de liquidación del impuesto, la diferencia entre los ingresos totales facturados y los importes que Telecom transfirió a las mencionadas empresas (conf. fs. 52 vuelta).

3. Repasemos los extremos de hecho, no debatidos, que la Cámara tuvo por probados, y sobre cuya base resolvió los agravios de la parte actora.

3.1. Varias empresas de telefonía, una prestataria del servicio de telefonía internacional (Telintar) y otras de telefonía celular, ofrecieron y prestaron sus servicios aprovechando la red telefónica de Telecom (conf. fs. 884/885). En todos esos casos en que se prestó el servicio de interconexión de la red, Telecom, entre otros, facturó y cobró por cuenta y orden de esas empresas los servicios que prestaban aprovechando su red (esto es, llamadas internacionales o comunicaciones a teléfonos celulares) y como contra prestación de ese servicio percibía el “cargo” cuyo tratamiento tributario viene debatido.

El único ejemplar de contrato agregado a las actuaciones en el que se acordó el pago de ese “cargo”, y sobre cuya base los jueces de mérito han resuelto la litis, se encuentra agregado a fs. 331/334, aparece celebrado entre Telecom y Telintar, y las partes no discuten acerca de que es la causa del pago aunque sí en cuanto a la categorización jurídica de la obligación que genera y, quizás porque no está dicho claramente, acerca de la realidad económica que podría disimular (con relación a este último argumento ver fs. 930/935 de la contestación del GCBA del recurso de inconstitucionalidad de Telecom).

3.2. En ese contrato —cuyo objeto era “...fijar los términos y condiciones de interconexión entre TELECOM y TELINTAR, de conformidad a lo dispuesto por el Capítulo X, punto 10.4.1 del Anexo I del dec. 62/90 y sus modificatorios...”— Telintar acordó pagarle a Telecom los siguientes cargos:

7.1. Cargo por Acceso a la RTP [red telefónica pública]: 0,285 U\$S por minuto sobre el tráfico entrante más el tráfico saliente de la RTP de TELECOM.

7.2. Cargo por Maduración de la RTP: 0,515 U\$S por minuto sobre el tráfico entrante más el tráfico saliente de la RTP de TELECOM, en cumplimiento del objetivo de maduración de red, expresada en el punto 7.8.5 del Anexo I del dec. 62/90 y sus modificatorios. Este importe será revisado por las partes en forma anual.

7.3. *Cargo por Facturación y Cobro: 5,25 % del monto de la facturación realizada por TELECOM por cuenta y orden de Telintar, conforme lo establecido en la cláusula sexta del presente convenio.*

Este cargo incluye gastos administrativos, de emisión, despacho y cobranza de la facturación.

TELECOM facturará mensualmente a TELINTAR los montos indicados en los puntos 7.1., 7.2 y 7.3.

A su turno, la cláusula sexta decía:

“TELECOM tendrá a su cargo la facturación y cobro por cuenta y orden de TELINTAR del Servicio Internacional en la Región Norte.

Dicha gestión incluirá la facturación y cobro del Servicio Internacional a los Operadores Independientes y a los Prestadores de Servicios de Telecomunicaciones en régimen de competencia existentes en la actualidad y a los que en el futuro se establezcan dentro de la Región Norte.

La totalidad de las sumas recaudadas por cuenta y orden de TELINTAR, serán puestos en forma mensual a disposición de esta última. (conf. fs. 272/272vuelta, subrayado no pertenece al original)

De todos esos cargos, como adelanté, el único que está discutido es el de “facturación y cobro”.

3.3. Con relación a las empresas prestatarias del servicio de telefonía móvil, la resol. 263/97 establecía, en lo que aquí importa:

Artículo 1° — Los prestadores de servicios móviles ofrecerán a sus clientes la modalidad ‘abonado que[,]recibe paga – MPP’ o la modalidad ‘abonado llamante paga – CPP’.

Art. 2° — La modalidad ‘abonado llamante paga’ consiste en que el abonado o usuario que origina la llamada paga adicionalmente a la tarifa del prestador de origen, el precio correspondiente a la terminación de la llamada en la red de destino.

Se considera que el pago de la ‘terminación de la llamada en la red de destino’ comprende los consumos correspondientes a la comunicación establecida con la red de destino en el número nacional marcado.

La ‘terminación de la llamada en la red de destino’ no incluye los servicios adicionales, de valor agregado ni el pago de las comunicaciones de larga distancia derivadas de la movilidad propia del servicio que el abonado llamante desconoce y que serán a exclusivo cargo del titular del servicio.

Art. 3°. — *La licenciatarias del servicio básico (LSB) y los operadores independientes facturarán los importes resultantes de la modalidad ‘abonado llamante paga’ por cuenta y orden de los prestadores de los servicios móviles. La Facturación deberá discriminar el importe por tal concepto.*

Lo facturado en concepto de ‘terminación de llamada en la red de destino’ corresponde íntegramente al prestador que brinda el servicio móvil. El pres-

tador del servicio móvil acordará con las LSB y los operadores independientes que efectúen la facturación y cobranza la compensación correspondiente por tal servicio. (el destacado no pertenece al original).

Art. 4°. — Establécese que para la modalidad “abonado llamante paga” será de aplicación lo dispuesto por los arts. 11 y 12 de las resol. S.C. 25.837/96 y S.C. 45/97.

Art. 5°. — Los prestadores de servicios móviles deberán acordar un precio único por servicio para implementar esta modalidad desde los teléfonos públicos y centros de telefonía pública existentes.

Art. 6°. — Los prestadores de servicios móviles deberán en forma previa al lanzamiento comercial de la modalidad “abonado llamado paga” realizar campañas de información a clientes y público en general, consistentes en: campañas de alcance nacional en medios de circulación nacional y local, inserción de leyendas en facturas, inclusión de información en guías de clientes, servicios de consulta e información telefónica a clientes y usuarios, y cualquier otro medio de difusión de modo tal de garantizar que quien llama conozca que debe pagar y su costo posible [...]

3.4. Asimismo, y siguiendo con el relato de los hechos efectuado por la Cámara, Telecom celebró con la empresa Publicom un contrato cuyo objeto era “...cede[r] en exclusividad a Publicom, por el término que se indicará en el artículo décimo octavo los derechos de publicación, distribución y explotación integral de las guías de usuarios abonados al servicio telefónico, para todas las áreas de prestación abarcadas por la licencia de Telecom”.

“Publicom acepta, comprometiéndose a realizar tal cometido con ajuste a las condiciones del presente, y a las especificaciones que se emitan en su consecuencia garantizando la idoneidad de las guías ante los usuarios abonados al servicio telefónico. En su desempeño, Publicom priorizará cuanto sea conducente en función de asegurar que Telecom vea cumplimentadas en correctos tiempo y forma, tanto la carga legal que le impone el Pliego de Bases y Condiciones aprobado por dec. 62/90 y demás normativa vigente como asimismo la que en el futuro resulte aplicable” (conf. fs. 275). El dec. 62/90 dice, al respecto, que “[l]as Sociedades Licenciatarias y la S.P.S.I. estarán obligadas a suministrar anualmente en forma gratuita, la guía de usuarios abonados al servicio, conforme con los recaudos establecidos Autoridad Regulatoria.// Las Sociedades Licenciatarias y la S.P.S.I. proveerán un servicio de información por el cual todo usuario abonado al servicio podrá obtener información sobre los números de sus abonados en guía.// Este servicio podrá ser a título oneroso” (conf. el punto 10.1.7, fs. 277 y 885). Entre esas sociedades, no se discute, estaba Telecom.

En este contrato también se acordó que “Telecom, a través de sus facturaciones del servicio telefónico, facturará y cobrará por cuenta y orden de Publicom y según información que esta le suministrará, las sumas (en adelante ‘cuotas’) que Publicom deba percibir de sus clientes por sus prestaciones de publicidad en guía o por cualquier otra correspondiente al objeto del presente”. “Por los gastos que irroguen a Telecom la Facturación y la Gestión de Cobranza precitados, Telecom debitará mensualmente en la cuenta de Publicom, a través de la emisión de una nota de Líquido Producto, el cinco con veinticinco por ciento (5,25%), más el IVA correspondiente, del monto total enviado a facturación durante cada mes, neto de *rechazos*, excluyendo de la base de cálculo el Impuesto al Valor Agregado. El monto de dicho total enviado a facturación

neto de rechazos, será proporcionado por Publicom” (conf. fs. 277 y 885, el destacado no pertenece al original).

3.5. La Cámara dio por no discutido que quien ofreció los servicios de telefonía internacional, celular y publicidad en las guías telefónicas fueron las empresas que trataron con Telecom, no esta última, y que esas empresas informaban a Telecom quiénes eran los clientes y el monto que correspondía facturar para que proceda a facturar y a cobrar al cliente por cuenta y orden de ellas (conf. fs. 884/889). La parte recurrente no rebate esta afirmación y tampoco que las empresas prestatarias eran las responsables frente a los clientes de esos servicios.

4. La Cámara concluyó que el servicio de “facturación y cobro” a Telintar correspondía a una actividad de intermediación por parte de Telecom.

Fundó esa decisión, primeramente, en que, a la luz de lo previsto en el contrato, Telintar tenía que “...valerse de las redes telefónicas otorgadas por Telecom para concluir [su negocio]” (conf. fs. 884vuelta). En palabras de la Cámara, “...coincido con la jueza de grado en cuanto ha considerado que más allá de que Telintar ofrece directamente a los clientes el servicio de telefonía internacional, esta debe valerse de las redes telefónicas otorgadas por Telecom para concluir dicho negocio. De este modo, por la particularidad del servicio de telefonía brindado, no puede considerarse a la actividad de facturación y cobro —por cuenta y orden de Telintar— escindida y ajena del vínculo entre Telintar y los respectivos usuarios del servicio internacional” (conf. fs. 884vuelta). En línea con ello, afirmó que la empresa prestataria del servicio de telefonía internacional depende de Telecom para brindar sus servicios.

Un razonamiento similar siguió con relación a las llamadas a teléfonos celular. Así, señaló que los “...clientes de Telecom, al efectuar llamadas dirigidas a teléfonos móviles utilizan las redes de Movicom, CTI o Personal sin que exista un contrato entre ellos y las compañías de celulares. La ausencia de ese vínculo queda superado a raíz de la operatoria que une a Telecom con las empresas (fs. 283, 635 y decs. 62/90 y resolución 263/97 Secretaría de Comunicación). La intermediación realizada por la accionante es la que permite a sus clientes quedar vinculados a los diversos prestadores de telefonía celular y recibir de Telecom una facturación que discrimina tal concepto” (conf. fs. 888).

Con relación al servicio de facturación y cobro que Telecom le prestó a Publicom, sostuvo que “...el servicio de publicidad lo hacían en la guía telefónica de la actora”. Esa circunstancia, a juicio del *a quo*, daba cuenta de la existencia de un servicio de intermediación porque “...la pertenencia de la guía de teléfono a la firma Telecom representó un elemento primordial a fin de posibilitar el concreto acercamiento entre las partes”.

Concluyó su razonamiento diciendo: “[e]n suma, el denominador común en todos los supuestos analizados está dado por una participación indispensable de Telecom mediante la cual, en cada caso, se permite a terceras empresas entablar relaciones jurídicas con sus clientes. Asimismo, también se advierte con carácter uniforme la retribución en porcentajes a favor del accionante aunque ellos aparezcan deslindados entre sí [...]. No se trata de un dato menor pues, en ningún caso [...] Telecom logró demostrar el correlato entre el costo de facturación y el porcentaje de la retribución pactada por ese rubro” (conf. fs. 888vuelta).

5. El art. 147 del CF, to 1999, cuyo texto no difiere para los demás períodos en juego, conf. el art. 132 de la Ordenanza 40.731, y sus modificatorias, y 134 para el TO de esa misma ordenanza para el año 1998) dice:

Art. 147. — Para los comisionistas, consignatarios, mandatarios, corredores y representantes, o cualquier otro tipo de intermediarios en operaciones de

naturaleza análoga, la base imponible está dada por la diferencia entre los ingresos y los importes que corresponde transferir a los comitentes por las operaciones realizadas en el período fiscal.

Esta disposición no es de aplicación en los casos de operaciones de compraventa que por cuenta propia efectúan los intermediarios citados en el párrafo anterior. Tampoco para los concesionarios o agentes oficiales de venta, los que se rigen por las normas generales.

A su turno, y con relación a la alícuota en el ISIB, el art. 44, inc. 12, de la LT, to 2009 dice:

“De conformidad con lo dispuesto por el Código Fiscal, establécese la tasa del 4,9% para las siguientes actividades: [...]

Toda actividad de intermediación que se ejerza percibiendo comisiones, bonificaciones, porcentajes u otras retribuciones análogas tales como consignaciones, intermediación en la compra-venta de bienes muebles e inmuebles, en forma pública o privada, agencias o representaciones para la venta de mercaderías de propiedad de terceros, comisiones por publicidad o actividades similares”.

6. Ambas normas regulan el modo en que deben tributar la misma especie de ingresos, los provenientes de actividades que consisten en actos de colaboración prestados a una o más personas que realizan actos de comercio, en los que el facilitador (colaborador) no es parte.

En ese orden de ideas, los contratos a que hace mención el art. 147 abarcan a las personas que la doctrina ha identificado como “auxiliares autónomos” del comercio. Rodolfo O. Fontanarrosa enseña que son “...auxiliares autónomos los que trabajan para el comerciante, pero en forma independiente, sin estar vinculados con él por una relación de subordinación. Actúan generalmente como intermediarios, y trabajan en su propio beneficio, aunque con frecuencia obren por cuenta del comerciante. A esta categoría pertenecen los corredores, los rematadores, los mandatarios y comisionistas...”¹⁸⁰

6.1. Con ese alcance ha empleado el Legislador el término “intermediarios”, en el art. 147. Es el modo natural de entender el giro “...o cualquier otro tipo de *intermediarios en operaciones de naturaleza análoga*” (el destacado no pertenece al original), que, en principio, presupone que todas las categorías anteriores se subsumen en la última. Es este un giro que habitualmente sirve para despejar dudas acerca de la inclusión de algunas de las categorías abarcadas en la más comprensiva. En suma, sirve para dar un alcance más nítido a la última. La frase “[t]oda actividad de intermediación”, que emplea el art. 44, inc. 12, de la LT tiene necesariamente que utilizar con igual sentido la misma palabra, por lo que, al comprender toda actividad de intermediación, lo hace también con todas las enumeradas ejemplificativamente en el comentado 147. De ese modo, el Legislador lo que ha pretendido no es otra cosa que gravar de igual modo a todas aquellas personas que hacen actividades “análogas” a las que desarrollan los mandatarios, consignatarios, etc.

En ese contexto, la definición que corresponde darle a intermediario a los fines que aquí nos ocupan difiere de la que le da el lenguaje natural. La RAE define a “intermediación” como la “[a]cción y efecto de intermediar (poner en relación a dos o más personas o entidades)” y a “intermediar” como “[a]ctuar poniendo en relación a dos o

¹⁸⁰ FONTANARROSA, Rodolfo O.: *Derecho comercial argentino*, 4ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 443.

más personas o entidades para que lleguen a un acuerdo” (conf. su segunda acepción). Pero, la actividad de intermediación a que se refiere el CF y la LT no se agota en poner en contacto a dos personas. El concepto de intermediación de la normativa fiscal, por lo dicho más arriba, es mucho más extenso. Alcanza todos los ingresos que obtiene una persona por realizar actos jurídicos por orden de otra, el comerciante, y siempre que la relación que los una no sea una de dependencia.

6.2. El párr. 2º del art. 147 del CF establece un requisito más para que se esté frente a una intermediación en los supuestos de compraventas: el intermediario debe realizar la operación por cuenta de la persona por la que dice obrar. Expresamente el artículo establece que “[e]sta disposición no es de aplicación en los casos de operaciones de compraventa que por cuenta propia efectúan los intermediarios citados en el párrafo anterior”.

6.3. En suma, se está ante a una actividad de intermediación cuando: se está frente a alguno de los contratos que indica el art. 147 del CF o a ingresos que son el fruto de actividades “análogas” a ellas. En el supuesto de no estar frente a uno de los contratos ya mencionados, existen clases de pruebas o indicios que permiten establecer si existe una actividad de “intermediación”. No solo hay que analizar la operatoria sino también los gastos en que han incurrido las personas involucradas, el supuesto mandante y mandatario (intermediario). Por ejemplo, hay que analizar si hubo reintegro de gastos; quién cargó con los costos de publicidad de los servicios; quién y cómo publicó el servicio o la cosa. También hay que establecer sobre qué base tributó el ISIB tanto el mandante como el mandatario.

6.4. Así, el art. 147 del CF define cuál es la base sobre la que debe tributar el ISIB los ingresos que se obtienen por la actividad de “auxiliar autónomo” del comercio, y el art. 44, inc. 12, de la LT la alícuota.

6.5. Con el objeto de despejar previsibles objeciones, cabe señalar que interpretar que el art. 44 inc. 12, al referirse exclusivamente a “la actividad de intermediación”, no alcanza a la actividad del mandatario, comisionista, consignatario, etc., arrojaría como resultado que quienes realizan actividades cuya naturaleza es análoga, lo que implica en el tributo que nos ocupa análoga capacidad contributiva exteriorizada por el consumidor, tributen de modo muy distinto. Todos (mandatarios, consignatarios, comisionistas, etc. e intermediarios en general) tributarían sobre base reducida y solo los últimos a una alícuota mayor. Esa solución no parece coherente, y al intérprete no le es dable suponer la falta de coherencia en el Legislador (conf. *Fallos*, 310:195; 312:1614, entre muchos otros).

7. La Cámara entendió acreditaba la “intermediación” en la “indispensable” figura que, a su juicio, había tenido Telecom en las diversas relaciones jurídicas entabladas entre las terceras empresas (las compañías de telefonía y Publicom) con sus usuarios. En el caso de las compañías telefónicas la actividad indispensable consistió, según la Cámara, en que la red telefónica, que en parte aprovechan los usuarios, pertenecía a Telecom; y en el caso de la publicidad que ofreció Publicom en que “las guías pertenec[ían] a Telecom” (conf. el punto 4 de este voto).

8. Nada de ello da cuenta de una actuación de intermediación por parte de Telecom.

8.1. Empecemos por el servicio de publicidad en guías.

Ciertamente resulta oscuro a qué se refiere la Cámara cuando dice que las guías pertenecían a Telecom. Esa frase puede querer decir o que Telecom mantiene la propiedad sobre las guías luego de que han sido distribuidas entre los abonados o que realizar

la guía y distribuirla a sus abonados era una obligación que el ordenamiento jurídico ponía en cabeza de Telecom (conf. el dec. 62/90). Pero ni lo uno ni lo otro permite concluir que Telecom presta un servicio de intermediación al facturar y cobrar la publicidad a quienes publicitaban en las guías.

Primeramente, no se ve qué conexión podría tener con el debate que nos ocupa establecer quién tiene la propiedad de las guías distribuidas.

En segundo lugar, si Publicom ofreció y vendió publicidad en guías que pertenecían a Telecom quizás se estaría frente a una actividad de intermediación, pero por parte de Publicom, en tanto habría intermediado entre quien quiere publicitar y Telecom, quien era, en verdad, el prestador del servicio de publicidad en guías. En ese contexto, Telecom habría facturado y cobrado un servicio que él mismo prestó.

Finalmente, tampoco se sostiene la solución de la Cámara si lo que pretendió afirmar era que Publicom no habría podido ofrecer y vender la publicidad en guías de no ser porque Telecom le cedió los derechos de publicación, distribución y explotación de las guías telefónicas. La circunstancia de que Telecom cumpliera un papel “indispensable” en la operatoria comercial, en el caso la de cedente de los mencionados derechos, lleva justamente a sostener que no realizaba actividad de intermediación. El intermediario, en principio, no es una pieza “indispensable” en la operación comercial. Él se limita a cumplir el mandato convenido, pero no forma parte de la operación. Si formara parte de ella dejaría de ser un intermediario para convertirse en parte del negocio.

8.2. Servicios telefónicos internacionales y móviles.

La Cámara sostuvo que las empresas telefónicas, Telintar y las compañías de telefonía móviles, pudieron trabar una relación jurídica con sus clientes porque Telecom les brindaba su red telefónica. El argumento resulta similar al analizado arriba, intenta mostrar el papel central (“indispensable”) que Telecom tiene en la prestación de los servicios que ofrecen las mencionadas empresas telefónicas.

Empero, nuevamente, de la participación que Telecom tiene en la prestación de los servicios involucrados, brindando su red telefónica, no se desprende que hubiera actuado como intermediario en la operación, sino, justamente, lo contrario. Quien ofrece un negocio en el que participa no es intermediario sino parte en él, es decir, ofrece sus servicios, aunque estos sean prestados en sociedad con otras personas.

9. Descartado el razonamiento del *a quo*, resta establecer si el Fisco, esto es, quien impugnó y determinó la obligación tributaria de la parte actora, categorizó correctamente la actividad de Telecom —de facturar y cobrar los servicios que prestaban las empresas telefónicas reseñadas *supra*— y Publicom como intermediación. Como no hay extremos de hecho controvertidos la presente instancia resulta competente para resolver esta cuestión —conf. el art. 31 de la ley 402 y mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. Médica)’”, expte. n° 3260, sentencia de este Tribunal del 16/3/2005.

9.1. Conforme quedó dicho más arriba, no viene debatido que Telecom prestó, durante los períodos discutidos, el servicio de “facturación y cobro” a Telintar, a diversas empresas de telefonía móvil y a Publicom; servicio por el que cobró el “cargo” que nos ocupa.

Tampoco está discutido que ese servicio lo prestó por cuenta y orden de esas empresas (conf. el punto 7.3 del contrato entre Telecom y Telintar; el art. 3° de la resol. 263/97 de la CNC; y, la Cláusula quinta del contrato entre Publicom y Telecom).

Por lo demás, no se cuestiona que esas empresas le decían a Telecom a quién debía cobrarles y cuánto.

9.2. En ese contexto, asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que se está frente a un mandato otorgado por Publicom, Telintar y las empresas de telefonía móvil a Telecom.

El mandato consistía en emitir la facturación a nombre de las personas que le indicaban Publicom, Telintar y las empresas de telefonía móvil y cobrar los servicios que esas empresas prestaban a sus usuarios por cuenta y orden de ellas; mandato que Telecom cumplió y por el cual cobró el cargo que nos ocupa. En ese orden de ideas, el 221 del Código de Comercio dice que “[e]l mandato comercial, en general, es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda.// El mandato comercial no se presume gratuito”.

Aquí Telecom facturó y cobró por cuenta y orden de las mencionadas empresas a las personas que ellas le indicaban los servicios que, afirmaban, le habían prestado; esto no es otra cosa que un mandato. En ese orden de ideas, el art. 1869 del Código Civil dispone que “[e]l mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que esta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza”. En el *sub lite*, Telintar y Publicom, esto es, “una parte”, le dieron a Telecom, “a otra”, el poder para facturar y cobrar a nombre de ellas. Telecom aceptó ese poder facturando y cobrando a nombre y por cuenta de esas empresas. Idéntica situación se ha dado con relación a las empresas de telefonía móvil, con la única diferencia que en este caso el mandato encontró fuente en el ordenamiento jurídico, el art. 3 de la Resolución 263/97.

9.3. Puesto en otros términos, nada impide que el mandato sea con o sin representación. Pero el dato esencial para que exista un mandato lo constituye el hecho de que quien actúa lo haga por orden de otra persona; hecho que aquí no viene debatido. En ese orden de ideas, retomando las enseñanzas de Fontanarrosa, él explica que, “... según el art. 1869 cód. civ., el mandato existe cuando una persona da poder a otra para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta actos jurídicos.// De este precepto parecería surgir que la representación y el mandato son análogos o, mejor dicho, que la representación es un elemento inherente al mandato. Sin embargo, no es así. Por lo pronto, el art. 1890 cód. civ. dispone expresamente que ‘el mandato no da representación’; por otra parte, el art. 1929 Cód. Civil agrega que ‘el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo contratar en su propio nombre o en el del mandante. Si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros’. A su vez, el art. 1946 cód. civ. se refiere a los ‘actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes y a nombre del mandante’, dando a entender que excluye de su disciplina a los actos ejecutados por el mandatario en su propio nombre. Referencia análoga contiene el art. 1951. En cuanto al código de comercio, la situación es más clara, ya que el art. 221 define el mandato sin aludir para nada a la gestión en nombre ajeno; y luego, en el art. 222, distingue expresamente el mandato *stricto sensu*, como la administración de un negocio en nombre de la persona que lo encomienda, de la comisión, que es la administración de un negocio ajeno bajo el propio nombre del administrado”.¹⁸¹ A la luz de esas consideraciones, nuevamente, Telecom ha obrado, con su actividad de facturación y cobro, como mandatario de las empresas señaladas *supra*.

10. Así, la caracterización que el Fisco ha hecho de la actividad de Telecom como de “intermediación” (conf. el art. 44, inc. 12, de la LT y 147 del CF) resulta correcta, en tanto Telecom ha obrado como “mandatario” (conf. el art. 147 del CF to 1999) de

¹⁸¹ FONTANARROSA: ob. cit., pp. 458/459.

Publicom, Telintar y las empresas de telefonía móvil cobrando y facturando los servicios que esas empresas prestaban a sus clientes.

11. Distinta solución corresponde arribar con relación a los planteos que Telecom formula contra la conclusión a la que arribó la Cámara respecto de la alícuota a la que corresponde que tributen los ingresos que han sido contabilizados bajo el rubro “intereses sociedades art. 33”, cuentas n° 9021-3 y 9021-9 (conf. los puntos 3 y 4 de los “Resulta”).

En este punto la queja no rebate el auto denegatorio. Los planteos de la parte actora remiten a la valoración de extremos de hecho, como lo es establecer el fruto de qué tipo de actividades son los ingresos registrados en el mencionado rubro, debate que resulta ajeno a la competencia revisora de este Tribunal por la vía intentada y propio de los jueces de mérito.

12. Finalmente, tampoco los agravios dirigidos a cuestionar la multa impuesta versan acerca de una cuestión constitucional o federal que habilite la competencia de este Tribunal. También el debate en este punto versa por establecer si la parte actora obró bajo un error excusable, cuestión que, tal como fue propuesta, depende de la valoración de extremos de hecho y prueba.

Expte. 10206/13 (queja del GCBA)

13. La Cámara declaró, sobre la base de lo previsto en el art. 237 del CCaYT (no tachado de inconstitucional), desierto el recurso de apelación del GCBA; y el Gobierno no rebate las razones que la Cámara le dio para denegar su recurso de inconstitucionalidad. Es decir, no muestra que aquella decisión deba ser equiparada a una definitiva por constituir un modo arbitrario de impedirle a este Tribunal ejercer la competencia que le impone el art. 113, inc. 3°, de la CCABA o la doctrina de *Fallos*, 311:2478 (véase fs. 252 de la denegatoria).

Por ello, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad de Telecom con relación a los agravios vinculados al “cargo facturación y cobro” y rechazar la queja por los restantes agravios. Las costas del recurso de inconstitucionalidad se imponen por su orden en atención a la solución que se arriba; *ii)* rechazar los planteos de Telecom dirigidos a impugnar la caracterización que el Fisco ha hecho de la actividad que dio lugar al “cargo por facturación y cobro” como de “intermediación” (conf. el art. 31 de la ley 402). Costas a la vencida; y *iii)* rechazar la queja del GCBA.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja de Telecom Argentina S.A.:

1. La presentación directa de fs. 260/279 vuelta, que fuera deducida en tiempo, satisface la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402 y resulta formalmente admisible.

Recurso de inconstitucionalidad de Telecom Argentina S.A.:

2. El escrito de fs. 218/232 cumple las condiciones de admisibilidad formal. Sin embargo, debe ser rechazado toda vez que, por las razones que desarrolla la Sra. jueza de trámite en el punto 2 de su voto, que comparto, los agravios vertidos no suscitan un asunto de índole constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

Recurso de queja del GCBA:

3. El recurso directo de fs. 48/59 vuelta fue interpuesto en tiempo oportuno y contiene una crítica concreta del auto denegatorio de fs. 45/46 vuelta. Por lo tanto, debe ser admitido.

Recurso de inconstitucionalidad del GCBA:

4. El recurso de fs. 29/40 es formalmente admisible. Por lo demás, como se verá a continuación, el Gobierno logra articular un caso constitucional fundado en la afectación de su derecho de defensa en juicio.

5. Ante todo, conviene recordar que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró desierto el recurso de apelación del demandado sin emitir opinión sobre el fondo de la cuestión implicada en aquel, a saber, si —como postula la Ciudad— el rubro “gerenciamiento” se trataba de una actividad de intermediación o bien —como lo entendiera la jueza de grado— de un servicio directo brindado por Telecom Argentina S.A. (en adelante, “Telecom”) a terceras empresas (fs. 21/ 21 vuelta).

En el recurso en examen, el Gobierno determina con precisión el objeto de su impugnación en los siguientes términos: “(...) no solicitamos a V.E. que analice estas cuestiones [lo relativo al rubro gerenciamiento] para determinar cuál de las partes tiene razón, sino que revoque la declaración de deserción de nuestro recurso de apelación ordenando a la Cámara (...) realizar un verdadero tratamiento de las cuestiones que han sido omitidas desde la sentencia de primera instancia” (fs. 31 vuelta, sin el destacado del original).

El recurrente sostiene y demuestra a lo largo de su escrito que la decisión de declarar desierto su recurso de apelación no encuentra correlato en las constancias de la causa, específicamente en el memorial de fs. 12/18. En efecto, en su expresión de agravios, luego de citar las partes pertinentes del pronunciamiento apelado, el accionado indicó:

- i) que (fs. 15) “(...) la relación entre Telecom y Telintar va mucho más allá del gerenciamiento y se erige en un todo que va desde la interconexión imprescindible que la actora debe proveer, pasando por el management fee sin olvidarnos de la facturación y cobro” y que “[t]ratar estas distintas vinculaciones entre las empresas como compartimento[s] estancos es desatender la finalidad última del negocio que une a las empresas que no es otro que la necesidad de Telintar de servirse de Telecom para poder prestar su propio servicio”;
- ii) que (fs. 15 y vuelta) “[s]i Telintar no necesitara de las redes de interconexión de Telecom para poder ejercer su actividad sin dudas no habría contratado con este último el gerenciamiento que nos ocupa”, por lo que “(...) no pueden escindirse ambas cuestiones sino entenderlas como un todo comprensivo de la intermediación que dimana el vínculo entre ambas empresas”;
- iii) que (fs. 15 vuelta) “[d]esde este miraje entonces no debió obviarse que el art. 163 (Código Fiscal para el año 1999 y concordantes años anteriores y posteriores) establece que ‘...[l]as actividades o rubros complementarios de una actividad principal (...) están sujetos a la alícuota que para aquella contempla la Ley Tarifaria’” (sin la cursiva del original);
- iv) que la sentenciante apreció en forma aislada la cláusula séptima del Convenio para el Otorgamiento de Derecho de Uso Exclusivo de Secciones Nacionales;
- v) que (fs. 16 vuelta/17) “[e]l a quo basa su decisorio en la pieza obrante a fs. 105 de las actuaciones administrativas (refoliada como fs. 107), donde la firma actora le debita a la firma Telintar la suma de \$ 988.900,00 en concepto de ‘honorarios por servicios de asesoramiento’” pero que es equivocada tal postura, “cuando considera que no existe intermediación a partir de la manera en que el contribuyente autocalifica su actividad”, sin realizar investigación alguna en punto a tales tareas” (sin la cursiva del original);

- vi) que la jueza interviniente sostuvo “(...) que la actora ponía a disposición del tercero su experiencia, tecnología y conocimientos, pero no tuvo en cuenta que como consecuencia de esta actividad se perciben comisiones, lo que demuestra la existencia de intermediación, lógica consecuencia si no nos olvidamos que Telintar utiliza los circuitos de Telecom y a esta última le interesa que sean correctamente usados pues es el vínculo entre los usuarios y la primera empresa” (fs. 17) ; y
- vii) que la magistrada no tuvo en consideración que, de conformidad con la cláusula séptima del convenio entre Telecom y Telintar, se estipula que esta abonará a aquella el 1,75 % sobre los ingresos netos operativos de Telintar, en concepto de management fee, por lo que “(...) los \$ 988.900,00 reflejados en la pieza de fs. 107 no [son] otra cosa más que el 1,75 % de los ingresos netos operativos de Telintar”, y que, en consecuencia, “no se trata de un (...) honorario producto de una locación de servicios, sino de un porcentaje o comisión devengada [por] tareas de intermediación” (fs. 17 y vuelta, sin el resaltado del original).

En suma, los argumentos desarrollados en el recurso de inconstitucionalidad y la lectura de la presentación que fuera declarada desierta, que contiene agravios concretos contra la sentencia de primera instancia, confirman la afectación del derecho de defensa en juicio que alega el GCBA y me llevan a admitir el recurso de inconstitucionalidad que él dedujera.

Finalmente, subrayo que el *a quo* no señaló que los planteos que expusiera el GCBA al apelar fuesen inconducentes sino que se limitó a afirmar que el impugnante había efectuado “(...) meras manifestaciones que constituyen una expresión subjetiva de disconformidad con lo decidido...” (fs. 215).

Por todo lo expuesto, corresponde revocar (parcialmente) la sentencia que declaró desierto el recurso de apelación del accionado y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario a fin de que magistrados distintos resuelvan el recurso de apelación de fs. 12/18.

6. Por otra parte, el Gobierno cuestiona la decisión de la Sala I en cuanto le impusiera las costas por el rechazo del acuse de caducidad de la instancia por él planteado. Dado que este planteo no fue mantenido en su recurso de queja, no existe al respecto un agravio actual sobre el cual expedirse.

7. Por los motivos *supra* indicados, voto por: *i*) admitir formalmente la queja de Telecom Argentina S.A. y rechazar su recurso de inconstitucionalidad, con costas (art. 62, CCyT); *ii*) admitir formalmente el recurso de queja del GCBA y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad que este interpusiera, con costas por su orden; *iii*) revocar (parcialmente) la sentencia dictada por la Cámara el 28/12/12 en cuanto declaró desierto el recurso de apelación del Gobierno, y *iv*) remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario a fin de que jueces distintos de los que dictaron la resolución recurrida, resuelvan el recurso de apelación de fs. 12/18.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos

2°. *Declarar* que los agravios planteados por Telecom Argentina Stet France Telecom SA no satisfacen los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley 402.

3°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con las quejas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLXXVII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GARCÍA, MARÍA ESTER Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.158/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso queja ante este Estrado (fs. 4/9 vuelta) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 370/372 de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa) que confirmó la sentencia de grado que hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, le ordenó que, mientras subsista la situación actual de los amparistas y de sus hijos, les preste asistencia sanitaria y habitacional suficiente y adecuada (fs. 268/273).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara hizo hincapié en la situación de hecho de los actores (familia compuesta por los actores y sus dos hijos menores, que se encuentran desempleados, que solo realizan trabajos esporádicos y los ingresos que perciben por esas tareas son escasos) a la luz de lo establecido en Pactos internacionales, en la Constitución Nacional y local (arts. 31 y 20).

3. Contra dicha resolución, el GCBA dedujo el recurso de inconstitucionalidad (fs. 376/387) que se intenta sostener en esta instancia. Allí centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso legal adjetivo, los derechos de defensa y de propiedad y los principios de legalidad y de división de poderes. En particular, en tanto la sentencia se apartaba, sin dar razones, de la normativa aplicable en materia de subsidios habitacionales como así también de la doctrina del Tribunal *in re* “Alba Quintana”, según la cual tanto los plazos como los montos establecidos eran constitucionales. Sostuvo que la sentencia había efectuado una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales relacionadas con lo decidido (art.

31 CCABA/ art. 14 bis, C.N.). Señaló que la sentencia era arbitraria y que la cuestión revestía gravedad institucional.

Expresó que ya había cumplido con la obligación establecida en los programas de ayuda social, por lo que, en consecuencia, el amparista no tenía un derecho lesionado. Manifestó, a su vez, que la Cámara había incurrido en un exceso de jurisdicción que afectaba facultades propias del Poder Ejecutivo local.

4. La Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que el recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art 113, inc. 3, de la CCABA, en tanto la invocación de las garantías y principios constitucionales había sido realizada de modo genérico, sin conectarlas razonadamente con el contenido del decisorio impugnado (fs. 425/426).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General opinó que correspondía rechazar la queja toda vez que, a su criterio, el GCBA no había realizado una crítica concreta y pormenorizada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 170/172 de la queja). A su turno, la Sra. Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, también correspondía rechazar la presentación (fs. 174/191 vuelta de la queja).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que confirmó la de grado y en consecuencia condenó a que "...mientras subsista la situación actual de los amparistas y sus hijos, les preste asistencia sanitaria y habitacional suficiente y adecuada..." (conf. fs 273).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,¹⁸² el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y."). La CSJN tiene dicho al respecto "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial" —conf. la decisión mayoritaria *in re* "X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* "X. F. E., T.", citado *supra*, al que nos remitimos).

¹⁸² Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, de fecha 26/9/2012, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. El *sub lite* no está debatido que la parte actora está conformada por un núcleo familiar compuesto por una pareja y sus dos hijos menores de edad (conf. fs. 120 vuelta). Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6º de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 370/372 en cuanto fue materia de agravio; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar accionante y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— per-

manece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario al confirmar la sentencia de grado que ordenó al GCBA que, mientras subsista la situación actual de la amparista, le preste asistencia habitacional suficiente y adecuada, vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la

garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso—.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC¹⁸³) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática ha-

¹⁸³Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

bitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2°) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4°, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atraviesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la *ley 4036* (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de

parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1º/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁸⁴—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1ª sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1ª sec-

¹⁸⁴ Véase CASÁS, José O.: “La insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

ción, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e institu-

ciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma -art. 33 de la ley 402- sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente garantías constitucionales afectadas que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones que dan fundamento a la sentencia que ataca; *b)* invocan la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido; *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde ra-

dica la arbitrariedad de lo decidido, así como tampoco por qué lo resuelto reviste gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo opinado por la Fiscalía General y la Asesoría General Tutelar, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i) que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii) que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles los recursos extraordinarios que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 370/372 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXVIII - VÁZQUEZ, FABIÁN HORACIO S/ART. 1472:111 CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES - CC S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO¹⁸⁵

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Cuestión constitucional. Resoluciones equiparables a definitiva. Declaración de inconstitucionalidad: improcedencia. Carácter restrictivo. Proceso contravencional. Principio de inocencia. Juicio previo. Suspensión del juicio contravencional a prueba. Homologación judicial. Facultades del juez: alcances. Reglas de conducta. Extinción de la acción contravencional. Conducir en estado de ebriedad. Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires. Sistema de evaluación permanente de conductores. Scoring. Descuento de puntos. Sanciones administrativas. Poder de policía. Fundamentación por remisión a precedente.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.922/14 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

I. La Sra. Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara Sudeste en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala III del 20/11/2013 que confirmó la de primera instancia que, al tener por cumplidas las reglas de conducta impuestas al imputado en la suspensión del proceso a prueba, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC por entender que su aplicación vulneraba la garantía del juicio previo y el principio de inocencia (fs. 52/54).

¹⁸⁵ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13, en este tomo, p. 3532.

2. La Sra. Fiscal sostuvo que la resolución impugnada era equiparable a una sentencia definitiva, tal como lo había decidido el Tribunal en el precedente “Huidobro”. Asimismo, la representante del Ministerio Público Fiscal afirmó que la Cámara, al apartarse del criterio del Tribunal, había afectado la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley e incurrido en un exceso de jurisdicción. Por último, aseveró que la sentencia era arbitraria por desconocer el texto positivo, carecer de fundamentación normativa adecuada y apartarse de la jurisprudencia de la CSJN y de este Tribunal en torno a la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad y su carácter de *ultima ratio* (fs. 86/88).

3. La Sala III declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar que estaba dirigido contra una resolución equiparable a una sentencia definitiva y que planteaba un caso constitucional (fs. 98/103).

4. El Sr. Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, solicitó que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad y se declarara la nulidad de las resoluciones cuestionadas en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 45, último párrafo, del CC (fs. 112/114).

FUNDAMENTOS:

Los jueces INÉS M. WEINBERG, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13, resolución del 12/3/2014.

En consecuencia, nos remitimos, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado, del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

2. Además, la sentencia recurrida se exhibe desprovista de apoyatura en nuevos argumentos que pretendan justificar el deliberado apartamiento por parte de la Cámara de la constante jurisprudencia del Tribunal sobre la materia discutida en el caso (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC’”, expte. n° 8341/11, resolución del 24/8/2012 y “Cirigliano, Damián Javier s/art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10063/13, resolución del 12/3/2014), razón por la cual es infundada (conf. el temperamento sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera, en tiempo y forma, el Ministerio Público Fiscal (fs. 86/88 vuelta).

2. La Sala III de la Cámara de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por mayoría, rechazó el recurso de apelación de la fiscal y confirmó la resolución de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 45 del CC.

Los fundamentos que siguen motivaron al pronunciamiento recurrido:

a) La última parte del art. 45 del CC implica “...una imposición de sanciones de naturaleza administrativa a una persona a quien se le ha suspendido el juicio a

prueba, e incluso a quien dio cumplimiento a las pautas de conducta impuestas en dicha suspensión...” (fs. 82 vuelta).

- b) Las circunstancias mencionadas habilitan “...la posibilidad de imponer una sanción a quien aún se presume inocente por no haberse llegado a determinar su culpabilidad en un proceso judicial previo, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada” (fs. 82 vuelta).

3. La Fiscalía sostuvo que “las camaristas...incurren en un error conceptual evidente, ya que postulan que una notificación al Poder Ejecutivo [que establece el último párrafo del art. 45] equivale a la aplicación de una pena sin culpabilidad de autor y sin control judicial” (fs. 87 vuelta).

4. La cuestión que aquí se debate es análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “Santambrogio, Roberto Oscar s/infr. art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9253/12, sentencia del 8/5/2013.

Las razones que expusiera en dicha causa son enteramente aplicables a la situación de autos y justifican mi decisión de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en el presente caso.

En el precedente aludido dije: “...la suspensión del proceso a prueba es un mecanismo, establecido en el Código Contravencional (art. 45), cuya aceptación (voluntaria) solo asegura a quien cumpliera con las pautas asumidas, que evitará el juicio. En consecuencia, la hermenéutica propuesta por la Sala interviniente —en el sentido de que el descuento de puntos constituye (en el marco de autos) una pena sin infracción comprobada— pierde de vista que el (...) [imputado] aceptó, voluntariamente, la *probation* cuya regulación legal prevé la posibilidad de que se notifique al Poder Ejecutivo en los términos del art. 45 del CC”.

5. Por lo expuesto, voto por: a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que dedujera el Ministerio Público Fiscal (fs. 86/88 vuelta); b) revocar el pronunciamiento que dictara la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 79/84); y c) revocar el punto II del dispositivo de la sentencia de primera instancia (fs. 52/54 vuelta).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El debate en el *sub lite* resulta análogo al tratado por el Tribunal *in re* “Galbiati, Marcelo Fabio s/infr. art(s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9482, resolución del 23/12/13. En ese marco, por las razones que di en esa oportunidad, a las que me remito, voto por: i) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; ii) revocar la sentencia de Cámara de fs. 79/84, y iii) ordenar realizar la notificación prevista en el art. 45 *in fine* del CC.

Vale aquí recordar la doctrina de la CSJN, *mutatis mutandis* aplicable a los precedentes de los tribunales cimeros de los poderes judiciales organizados a la manera del federal, con arreglo a la cual “...no obstante que la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (conf. *Fallos*, 25:364). De esa doctrina, y de la de *Fallos*, 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (conf. causa: ‘Bal-

buena, César Aníbal s/extorsión’, resuelta el 17/11/1981)” (conf. entre otras la sentencia publicada en *Fallos*, 307:1094). En ese orden de ideas, y de manera aún más severa, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que la doctrina que surge de sus sentencias no puede ser desconocida ni por el Poder Legislativo, ni por el Ejecutivo, ni por el Judicial (conf. la sentencia publicada en 358 U.S. 1, “Cooper vs. Aaron”).

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal (fs. 86/88).

2°. *Revocar* la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas en cuanto confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 45, último párrafo, del CC, dictada por el juez de primera de instancia, la que también se deja sin efecto.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 12/3/2014 en los autos “Bony, Carola s/infr. art. 111, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 9760/13.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXIX - INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS RETAMOZO, DAVID EZEQUIEL S/INFR. ART. 189 BIS, TENENCIA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL - C.P. (P/ L 2303) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Inadmisibilidad del recurso. Cuestión no federal.

Expte. SAPCyF n° 10.188/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General y el Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 212/230) contra la decisión del Tribunal del 13/6/2014 que resolvió hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el Ministerio Público Fiscal, revocar la sentencia de Cámara y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, ordenando continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren (fs. 203/206).

2. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado que le fuera oportunamente conferido, expresó que el Tribunal debía declarar inadmisibile el recurso por falta de

sentencia definitiva y porque la defensa no había logrado introducir un caso constitucional (fs. 233/236).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS, INÉS M. WEINBERG y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La defensa se agravia de la sentencia del Tribunal porque afirmó que la oposición del fiscal a la suspensión del proceso a prueba, cuando está fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, era vinculante para el Tribunal. Resumidamente, la parte recurrente sustentó su impugnación en el entendimiento de que el Tribunal negó de modo arbitrario a su asistido un derecho que la ley y la Constitución nacional le reconocen, con lo cual habría desvirtuado lo dispuesto por el art. 76 bis del C.P., en transgresión a los principios de legalidad, de igualdad, de racionalidad, de inocencia, del derecho penal como *ultima ratio*, *pro homine* y *pro libertate*, del genuino sistema acusatorio y de la garantía del debido proceso y defensa en juicio —doble conforme.

2. El recurso extraordinario interpuesto resulta inadmisibles atento al carácter no federal de los fundamentos en que encontró apoyo la sentencia a cuya revisión aspira la parte recurrente. En efecto, este Tribunal afirmó que el consentimiento del Ministerio Público Fiscal es un requisito legal imprescindible para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba con sustento en la interpretación de la ley 402, el Código Procesal Penal de la CABA y el art. 76 bis del C.P., a la luz de normas constitucionales de carácter eminentemente local (arts. 13.3, 106, 124 y 125, CCABA), con lo que la decisión posee fundamentos autónomos suficientes en preceptos de naturaleza no federal.

3. Con relación a la denuncia vinculada con la supuesta afectación de la garantía del “doble conforme”, corresponde agregar que ella solo se sustenta en afirmaciones genéricas, porque no ha sido acompañada de una fundamentación seria y consistente que relacione tal garantía con las circunstancias particulares de la causa en la que no se ha impuesto condena alguna, sino que se ha resuelto que el proceso seguido contra el imputado continúe.

4. Las circunstancias expuestas privan de relación directa a las garantías federales invocadas por la Defensoría General con lo resuelto en el *sub lite*.

5. Por lo expuesto, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el Defensor General debe ser concedido parcialmente (fs. 212/229 vuelta).

2. El escrito, oportunamente presentado, satisface los recaudos establecidos en la acordada n° 4/2007 de la CSJN.

3. El recurrente sostiene el carácter de equiparable a definitiva de la sentencia del Tribunal, la cual —por mayoría— “revocó la *probation* concedida a Retamozo, aun cuando estaban reunidas las condiciones legales requeridas para su procedencia; y si bien no se trata de la sentencia que técnicamente pone fin al proceso (en los términos de absolución o condena), resulta equiparable por la naturaleza de la cuestión debatida, en tanto su tratamiento posterior en el proceso devendrá absolutamente tardío pues será de imposible reparación el perjuicio que le ocasionará al imputado de confirmarse en orden a su derecho a evitar el juicio y extinguir la acción” (fs. 213 vuelta).

En este marco, la defensa plantea una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa: interpretación del art. 76 bis del C.P. en violación de los principios de legalidad, debido proceso y defensa en juicio (art. 18, C.N.).

4. Con relación a la denuncia vinculada con la supuesta afectación de la garantía de la “doble conforme” (fs. 228/230 vuelta), adhiero a las razones expresadas en el punto 3 del voto mayoritario, al que me remito.

5. En consecuencia, voto por conceder parcialmente el recurso extraordinario federal que dedujera el Sr. Defensor General, en relación con el agravio referido a la interpretación del art. 76 bis.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 212/230.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 206 vuelta, punto 2.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXX - MINISTERIO PÚBLICO FISCAL - FISCALÍA DE CÁMARA DE LA UNIDAD FISCAL SUR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN DAMARIS CORONEL, ELIZABETH S/INFR. ART(S). 189 BIS, PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL - C.P.

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. Cuestión constitucional. Arbitrariedad de sentencia. Investigación penal preparatoria. Cómputo del plazo. Intimación del hecho.

.....

Expte. SAPCyF n° 10.289/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. La Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones dedujo queja (fs. 178/185) contra la resolución de la Sala III que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto, a su vez, contra la decisión de esa Sala de archivar el legajo y sobreseer a Elizabeth Damaris Coronel en virtud de que el plazo de la investigación penal preparatoria contado, según las camaristas, desde la aprehensión de la imputada por el personal policial, oportunidad en la que se la notificó de los derechos que le asistían en el proceso, se había agotado (fs. 148/151).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el Fiscal sostuvo que la sentencia de la Cámara vulneraba los principios de legalidad y acusatorio a la vez que resultaba irrazonable y arbitraria en razón de la interpretación que las juezas habían realizado del concepto “intimación del hecho” contenido en el art. 104 del CPPCABA (fs. 155/160).

3. Por su lado, los jueces consideraron que el recurrente carecía de legitimación para deducir el recurso de inconstitucionalidad y lo declararon inadmisibile (fs. 169/175).

4. Al tomar intervención en autos, el Fiscal General sostuvo la queja interpuesta y solicitó al Tribunal que hiciera lugar a los recursos del Ministerio Público Fiscal y dejara sin efecto la sentencia recurrida (fs. 189/192).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja fue interpuesta ante el Tribunal en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402) y por quien se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (conf. “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179/12, resolución del , entre otros).

Además, resulta procedente dado que contiene una crítica concreta de la resolución recurrida que logra plantear una cuestión constitucional en orden a la interpretación que los jueces de Cámara hacen de los arts. 104 y 105 del CPP en la resolución de fs. 148/151, que pone fin al proceso disponiendo el archivo de las actuaciones y el consecuente sobreseimiento de la imputada (art. 27, ley 402).

2. Con relación al agravio planteado en el recurso de inconstitucionalidad, cabe señalar que en la sentencia aludida se afirma, por mayoría, que el plazo de instrucción penal preparatoria debe computarse a partir de la fecha en que la imputada fue aprehendida por personal policial y se la notificó de los derechos que le asisten y no desde la audiencia dispuesta en el art. 161 del CPPCABA.

En base a esa premisa, se entiende que el término previsto en la norma procesal debe contarse desde el día 24/9/2011, y se concluye que el plazo se encuentra vencido porque la fiscalía formuló requerimiento de juicio el día 4/10/2012, cuando había transcurrido el término previsto por los arts. 104 y 105 del código procesal.

3. La crítica desarrollada por la Fiscalía de Cámara contra ese punto de vista es contundente, pues logra demostrar que la interpretación de los arts. 104 y 105 del CPPCABA realizada por las juezas Paz y Manes se aparta notoriamente del texto legal al darle al concepto “intimación del hecho” un alcance de tal magnitud que importa desconocer la decisión legislativa con menosprecio del principio de la división de poderes y del de legalidad.

En efecto, el recurrente señala con razón que “si el legislador en el art. 104 CPPCABA usó la exacta terminología utilizada para nombrar la audiencia del art. 161 de dicho cuerpo normativo, es porque tuvo la clara y determinante voluntad de que los plazos de conclusión de la IPP comiencen a partir de esta audiencia” (fs. 183). Es recién en esa oportunidad cuando el fiscal efectúa un juicio de valor y considera configurado el estado de sospecha que vincula a aquel con la comisión de un delito (conf. voto de la mayoría en “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Sus Abuelos Geriátrico sito en Humberto Primo 2853 s/infr. art. 106, abandono de personas, C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 10215, resolución del 10/9/2014, “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Woloszynski Sergio Daniel s/inf. art(s). 149 bis, amenazas, C.P. (p/L 2303)’”, resolución del 14/8/2014 y “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Cuello, Gusta-

vo Daniel s/infr. art(s) 150, violación de domicilio, C.P. (p/L 2303); 149 bis, amenazas, C.P. (p/L 2303)” expte. n° 9206/12, resolución del 7/5/2014).

4. En esas condiciones, la equiparación de la aprehensión de la imputada y la lectura de sus derechos con el acto de intimación del art. 161 es inadmisibles y agravia al Ministerio Público Fiscal porque lo obliga a preparar la investigación penal en un plazo de tres meses contados desde los actos mencionados cuando ni siquiera ha podido evaluar la pertinencia de vincular a aquella con el proceso, con la consecuencia de que un plazo así contado deja de ser un plazo razonable.

5. Ese criterio hermenéutico, por lo tanto, no resulta ser una derivación razonada, debidamente fundada, de los arts. 104 y 105 del CPPCABA y debe ser descalificado. Ello así toda vez que la ley resulta suficientemente clara en cuanto a qué debe entenderse por intimación del hecho y esta claridad impide el surgimiento de interpretaciones distintas al respecto. Solo mediante una interpretación forzada puede entenderse que existen otros actos, aparte del mencionado por el código, que impliquen la intimación del hecho.

6. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de fs. 148/151, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando que continúe el trámite de las mismas según el impulso que recibieren.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La sentencia a cuya revisión aspira el MPF entendió que el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de la investigación penal preparatoria a que se refiere el art. 104 CPP “(...)no se limita a la celebración de la audiencia de intimación del hecho contemplada por el art. 161 del mismo código, sino que puede comenzar a correr desde otro hito de alcances semejantes que tenga como consecuencia notificar a la persona de su condición de *imputada* en la causa (v.gr.: detención en flagrancia; labrado de actas de radicación de causa y lectura de derechos; citación a audiencia de mediación; etc.)” (del voto de la jueza Paz, fs. 149 vuelta; que resulta sustancialmente coincidente al de la jueza Manes, fs. 150 vuelta); sobre cuya base, los jueces de mérito entendieron que el plazo del art. 104 CPP comenzó a correr a partir de que la imputada fue aprehendida por personal policial y se le notificaron los derechos que le asisten en el proceso, y dispusieron, en lo que ahora importa, “*Archivar* las presentes actuaciones en virtud de lo normado por los arts. 104 y 105 del CPPCABA y *sobreseer* a *Elizabeth Damaris Coronel* (...)” (fs. 151).

La cuestión aquí debatida, entonces, resulta análoga a la tratada *in re* ‘Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Woloszynski, Sergio Daniel s/infr. art(s) 149 bis, amenazas, C.P. (p/L 2303)’, expte. n° 9906, resolución del 14/8/2014. En ese marco, por las razones que di en esa oportunidad, a las que, en lo pertinente, me remito, voto por hacer lugar al recurso de queja y de inconstitucionalidad interpuestos y revocar la sentencia de fs. 149/152 de los autos principales.

2. Asimismo, de acuerdo con los hechos no controvertidos de la causa, el día 21/8/2012 (conf. relato de la sentencia de Cámara, v. fs. 150) la imputada fue intimada a responder por el hecho en los términos del art. 161 CPP —acto indispensable para provocar el proceso jurisdiccional que, entre otros efectos, liga al sujeto formalmente a este—, y el día 4/10/2012, el Fiscal requirió de juicio en los términos del art. 206 del CPP (fs. 150 y 151).

En tales condiciones, la interpretación que viene debatida, y la solución a que por su intermedio se arribó, prescinde de la ley procesal, pues, conforme quedó reseñado, la investigación preparatoria concluyó dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la intimación a responder por el hecho al imputado (conf. los arts. 104, 105 y 161 del CPP).

3. Por lo expuesto, voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos, revocar la decisión cuestionada, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por las razones que exponen en sus respectivos votos los jueces Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano —cuyo sentido, en lo sustancial, comparto— y por los fundamentos que en sentido concordante expuse al votar en “Cuello” (expte. n° 9206/12, resolución del 7/5/2014), “NN” (expte. n° 9813/13, resolución del 13/8/2014), “Woloszynski” (expte. n° 9906/13, resolución del 14/8/2014) y “Sus Abuelos” (expte. n° 10215/13, resolución del 10/9/2014), entre otros, voto por *i*) admitir la queja deducida y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, *ii*) revocar lo resuelto por la Sala III, en cuanto ha sido materia de agravio, y *iii*) devolver la causa a la Cámara de Apelaciones, a sus efectos.

Al respecto, considero que le asiste razón a la Fiscalía en cuanto a la violación de la garantía del debido proceso, porque media arbitrariedad en lo resuelto, toda vez que logra demostrar que el archivo que en última instancia impugna se sustenta en una fundamentación meramente aparente y en un razonamiento insostenible.

Resumidamente, la resolución de la Cámara implícitamente equivale: *i*) a desecharlo, sin ninguna justificación válida, que el ordenamiento procesal infraconstitucional en principio ha supeditado el inicio del término legal de la investigación penal preparatoria a la efectiva ocurrencia de la “intimación del hecho”; *ii*) a conferirle a ese acto procesal, denominado “intimación”, inserto en art. 104 del CPPCABA, un alcance o contenido muy diferente del que ha sido concretamente contemplado en el art. 161 del CPPCABA; *iii*) a asimilar o equiparar situaciones procesales que razonablemente distan entre sí, pues la realización de una “aprehensión” en flagrancia —por parte de la autoridad de prevención— difiere sustancialmente de una “intimación del hecho” por la conducta investigada —por parte del Ministerio Público Fiscal—; o bien (*iv*) a desconocer la importancia que reviste este acto procesal o a, cuanto menos, sugerir que no se trataría de una diligencia cuya realización resulte exigible. Ninguna de estas conclusiones constituye una derivación lógica o razonada del derecho vigente.

Una lectura respetuosa del ordenamiento y del debido proceso exige concluir que el acto de “intimación del hecho” no puede ser pretorianamente equiparado a cualquier situación en la cual una persona tome conocimiento de que existe una investigación penal en curso y/o en la cual eventualmente podría quedar involucrada. Muy por el contrario, la “intimación del hecho” es el acto trascendental que solo tiene lugar cuando el Ministerio Público Fiscal le dirige a una persona una imputación concreta y determinada, notificándole “mediante *acta* los hechos (...) y las pruebas que haya en su contra” (conf. art. 161), de manera tal que se trata de un acto formal e insustituible que vincula a esa persona definitivamente al proceso y a partir del cual nace el deber de la Fiscalía de definir su situación jurídica.

La peculiar interpretación que de la normativa aplicable ha efectuado el tribunal *a quo*, directamente, ha prescindido del texto legal, sin más razón que el propio vo-

luntarismo, y, al hacerlo, ha omitido dar cualquier explicación sólida del motivo por el que correspondería computar tal plazo legal desde el “hito” procesal o el momento a partir del cual se lo cuenta. En efecto, la mera realización de tal aprehensión no resulta equivalente a la efectiva intimación del hecho. Lo contrario supondría que, desde ese mismo momento y sin que se hubiera perfeccionado la “intimación”, la Fiscalía se encontraba habilitada o en condiciones de requerir la realización de un juicio; conclusión que no parece resistir mucho análisis.

El hecho de que una persona tenga simple noticia de la existencia de una investigación penal o incluso de que se presente en ella a los efectos de ser tenida en cuenta, en los actos en los que pueda intervenir, no importa sin más que aquella persona haya sido intimada de un delito como imputada del hecho investigado, sino que tal carácter lo tendrá, de acuerdo a la normativa infraconstitucional, una vez que haya tenido lugar su “vinculación” al proceso como tal. A su vez, es claro que la “vinculación del/la imputado/a al proceso” (conforme lo expresa el Título IV, Capítulo 2, CPPCABA) de ninguna manera puede ser sustituida por la realización de otros actos procesales asimilables, a partir de los cuales la persona involucrada pueda tomar conocimiento de la existencia del proceso penal, ni parece razonable concebir que el Ministerio Público Fiscal sustituya esa audiencia de “intimación del hecho” o prescinda de su efectiva celebración. En este sentido, la interpretación efectuada por la Cámara, con arreglo a la cual habría actos procesales equiparables, siembra más desconcierto a la hora de dilucidar las razones por las cuales resultaría posible desdoblar el significado de la “intimación del hecho”, de acuerdo a la norma que se trate.

La discusión propuesta por el recurrente, por el modo ambiguo como fue resuelta y por las consecuencias que de ella podrían derivarse, adquiere tal relevancia que en el caso justifica sin más la intervención de este estrado a fin de que ejerza las funciones que le confiere el art. 113.3 de la CCABA.

Obiter dictum, se muestran en algún punto paradójicas las exigencias que los distinguidos colegas de la Sala III le imponen a la labor de la Fiscalía para concluir la investigación preliminar en los términos regulados por la ley y/o las consecuencias concluyentes que pretenden inferir de la inexistencia de una solicitud de “prorroga” en el caso, cuando, precisamente, es evidente que a esa misma ley se la está haciendo expresar —so pretexto de exégesis pretoriana— lo que ella no dice. Un breve repaso de los precedentes citados al comenzar este voto alcanza para advertir que el declamado criterio amplio o flexible, con el cual la mayoría de la Sala III parece interpretar a la locución “intimación”, es tan variable, difuso e impreciso —pues varió en cada caso— que torna materialmente imposible que el órgano acusador pueda ceñirse a alguna regla clara a los fines de conformar a quienes eventualmente podrían llegar a intervenir durante el trámite de alguna apelación. En otras palabras, “intimación del hecho” parece ser todo aquello que, con carácter *ex post*, se afirma que lo es; interpretación que, naturalmente, configura un acto de pura autoridad que debe ser descalificado. El abanico de “hitos” procesales que la mayoría del tribunal *a quo* selecciona caprichosamente en la marcha y a los cuales rodea de alcances semejantes a una “intimación” es tan extenso (por ejemplo, detención en flagrancia, labrado de actas de radicación de la causa y lectura de derechos, designación de defensor, allanamiento, citación a una audiencia de mediación, etc.) que termina estableciendo un catálogo, oscuro o misterioso, cuyo único propósito parece estar en dar sustento a decisiones invariablemente liberatorias a como de lugar.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja

1. La queja presentada por el Fiscal de Cámara fue interpuesta en tiempo y forma y contiene una crítica fundada y suficiente de la resolución denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad pues refutó el argumento de la Sala acerca de su presunta falta de legitimación para impugnar por esa vía las decisiones de la Cámara y dio fundamentos suficientes para sustentar sus afirmaciones (fs. 179 vuelta/182).

Por tanto habré de admitir el recurso directo ante el Tribunal.

Recurso de inconstitucionalidad

2. La procedencia del recurso directo no conlleva la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que el recurrente no logra plantear, con éxito, un caso constitucional.

En efecto, el Ministerio Público Fiscal sostiene que el alcance otorgado por las juezas a la expresión “intimación del hecho” contenida en el art. 104 del CPPCABA no constituye una interpretación del texto legal sino la creación de uno nuevo. Afirma que la norma procesal invocada establece que el momento de la intimación del hecho es el de la audiencia prevista en el art. 161 del CPPCABA y por esa razón, la decisión adoptada, en su opinión, lesionó el principio de legalidad e impidió al Ministerio Público Fiscal ejercer debidamente la acción penal.

3. Sin embargo, sostener que el plazo de tres meses debe comenzar a partir del primer acto de procedimiento dirigido contra una persona como probable responsable de cierto delito, como afirman las juezas, no aparece como una interpretación caprichosa del texto legal, y menos aun cuando esa lectura de la norma se apoyó en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de asegurar la garantía de un plazo razonable de duración del proceso.

Más allá del acierto o error de la resolución que se intenta impugnar, las juezas dieron fundamentos razonados de cara a criterios constitucionales vinculados con la garantía del plazo razonable y a determinadas constancias de autos que se tuvieron por relevantes. Especialmente, el tiempo transcurrido entre la aprehensión de Damaris Coronel por la policía el día 24/9/2011 y el requerimiento de juicio efectuado por la Fiscalía el día 4/10/2012, sin que mediara peticiones de prórroga de la investigación preparatoria (conf. fs. 151). Considerando, además, el tipo de delito no complejo que le había sido imputado. De manera que se podrá discrepar con ese punto de vista pero lejos se está de considerarlo carente de fundamento, o lesivo a las garantías constitucionales denunciadas por el MPF. La argumentación del recurrente es defectuosa y no alcanza a poner en crisis la interpretación de la Cámara desde la perspectiva constitucional.

4. Finalmente, la invocación del precedente “Haedo”, efectuada por el Fiscal (conf. fs. 158), no resulta pertinente en el presente caso porque allí se trataba de una situación diferente en la que, pese a la *intimación del hecho* efectivamente realizada, los jueces de la causa habían tenido en cuenta posteriores audiencias ampliatorias para así poder aplazar indebidamente el comienzo del plazo de los tres meses.

5. Por lo expuesto, voto por admitir la queja de fs. 178/185 vuelta y rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 155/160.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja, aunque interpuesta en tiempo oportuno (art. 33 de la ley 402), debe ser rechazada. El señor Fiscal ante la Cámara no ha logrado demostrar que sus motivos de agravio conformen un caso de competencia de este Tribunal.

2. En primer lugar, cabe señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisibles porque había sido interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en perjuicio de la persona acusada. El quejoso se hace cargo de rebatir esta cuestión, a lo que se agrega que repetidamente he sostenido que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad (véase, entre otros, “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis C.P.’”, expte. n° 6454, resolución del 8/9/2010, entre muchos otros).

De cualquier manera, el recurso de queja debe ser rechazado pues, como se verá, los planteos propuestos no permiten la revisión extraordinaria requerida en tanto se limitan a un desacuerdo con la valoración que los jueces de mérito hicieron de diversos actos procesales ocurridos durante el trámite de la causa y la interpretación que efectuaron de normas de orden procesal local y común.

3. En ese sentido, cabe señalar que, más allá del acierto o error del análisis efectuado en la resolución recurrida, las juezas de la Cámara consideraron que, en el caso, el plazo de la investigación penal preparatoria debía computarse a partir de la aprehensión de la imputada, pues en ese momento, según sostuvieron, fue notificada “de su condición de *imputada* en la causa” y de los derechos que le asisten en el presente proceso (fs. 150/151). En ese escenario, entendieron que el término previsto en los arts. 104 y 105 del CPP ya había vencido cuando la fiscal formuló el requerimiento de elevación a juicio.

4. A pesar del cuestionamiento que, en términos genéricos, efectúa el recurrente, lo cierto es que no demuestra por qué la conclusión de las juezas debiera ser descalificada como una derivación razonada de los elementos acumulados y el derecho aplicado. En ese sentido, la mera afirmación de que solo en los casos donde se ha formalizado la intimación en los términos del art. 161 del CPP corresponde comenzar a computar el plazo previsto en el art. 104 de ese mismo código no resulta suficiente para descartar como válido el criterio sostenido por la Alzada, reitero, al margen del acierto o error de lo resuelto.

En definitiva, se ha omitido un desarrollo argumental que permita advertir la vinculación de garantías constitucionales con la cuestión efectivamente decidida en estas actuaciones y tampoco se ha expuesto suficientemente la existencia de una contradicción lógica en la sentencia cuestionada. Reitero, entonces, que la discusión planteada se reduce a una cuestión que involucra aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional que no habilita la competencia extraordinaria del Tribunal (conf. *mutatis mutandi*, mi voto *in re* “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘F., F. G. s/inf. art.(s) 189 bis C.P.’”, expte. n° 7710/10, resolución del 11/10/2011 y este Tribunal *in re* “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buffarini, Leandro y otros s/infr. art(s) 129, párr. 1°, exhibiciones obscenas C.P. (p/L 2303)’”, expte. n° 8146/11, resolución del 14/12/2011, y sus citas).

En este sentido, basta recordar que este Tribunal ha expresado en su constante jurisprudencia que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal, *in re* “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre

otros). En igual sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.” (*Fallos*, 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Todo ello, en concordancia a lo que he tenido oportunidad de afirmar en causas similares cuando agravios de la índole de los articulados en este caso han pretendido hacerse valer por el Ministerio Público de la Defensa (conf., mi voto *in re* “Incidente de apelación en autos Veira, Marcelo Daniel s/infr. art(s). 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, C.P. (p/L 2303)”, expte. n° 9714/13, resolución del 15/4/2014, entre otros).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 178/185).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 155/160, *revocar* la resolución de Cámara del 18/6/2013, rechazar la solicitud de archivo y devolver las actuaciones, ordenando continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXXI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN PEREIRA, JORGE JOSÉ MARÍA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos formales. Copias. Prórroga del plazo: improcedencia.

Expte. SACAyT n° 11.042/14 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe;

RESULTA:

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), mediante la presentación de fs. 109/110 interpone recurso de revocatoria y apelación contra la providencia dictada por la juez de trámite a fs. 108 que dispuso: “(...) teniendo

en cuenta el tiempo transcurrido desde que se le requiriera las copias de que se trata (véase providencia de fecha 6/6/14 y notificación de fs. 81 vuelta), sin que hasta la fecha se hubiera dado acabado cumplimiento a lo solicitado a fs. 80 (punto IV), deniégase el pedido de prórroga formulado. Notifíquese”.

En su escrito el GCBA solicita que el Tribunal le otorgue la prórroga del plazo para acompañar las copias que le fuera rechazada o se ordene la remisión de los autos principales y, en caso de no ser ello posible, se “...resuelva con las constancias que obran en el expediente de queja”.

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

I. La ley 402 no establece recursos contra las providencias del juez de trámite.

Aun entendiendo que concierne al presente la aplicación supletoria de las normas de los códigos de procedimientos de la CABA vinculados con la materia del proceso —conf. art. 2º de la LPTSJ—, tanto el recurso como el pedido de prórroga solicitados deben ser rechazados.

El GCBA omite esgrimir en su presentación razones atendibles que permitan poner en crisis lo resuelto a fs. 108. Se limita a señalar, en su contrario, que se encuentra imposibilitado de acceder al expediente principal para obtener las copias requeridas, sin acreditar dicha circunstancia.

Conforme surge de las constancias de autos, la providencia de fecha 6/6/2014 por la cual se requirió al GCBA la presentación de copias (fs. 80) fue notificada el día 13/6/2014 (fs. 81 vuelta), contando el recurrente con un plazo por demás razonable para cumplir con la carga de acompañarlas sin haber acreditado las causas que le impidieron hacerlo.

2. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el planteo efectuado por el GCBA a fs. 109/110.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto la solución que propone mi colega Inés M. Weinberg por las razones que expone en los párrs. 3º y 4º del apartado 1 de su voto, a los que adhiero y me remito en honor a la brevedad.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con mi colega Inés M. Weinberg en que corresponde rechazar la presentación de fs. 109/110.

La Sra. jueza de trámite, en lo referido al plazo que acordó para acompañar copias, ha resuelto mantener su decisión y someter al Tribunal la insistencia de la recurrente.

Ahora bien, la ley adjetiva no pone como requisito de procedencia de la queja que esta venga acompañada de determinadas copias de las actuaciones principales (conf. el art. 33 de la ley 402). En su economía, es el recurrente quien decide cómo demostrar que su recurso ha sido mal denegado por el *a quo* y, por ende, qué copias son necesarias a esos fines. El ejercicio de la facultad de requerir la presentación de copias de las actuaciones (conf. el párr. 3º del art. 33 de la ley 402) tiene por objetivo contar expeditivamente con elementos conducentes para formar convicción. De ahí que no se observa, y el GCBA no lo muestra, cuál sería el perjuicio que le generó el temperamento adoptado por la Sra. jueza encargada del trámite (véase fs. 108, punto I), ni por qué,

pese a ello, debería tener favorable acogida su planteo cuando, en efecto, solicita que se resuelva la queja con las constancias que obran en la causa (fs. 110).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La indebida fundamentación del recurso en análisis me exime de pronunciarme sobre la suficiencia o insuficiencia del plazo otorgado —por única vez— por la Sra. Jueza de trámite para acompañar las copias requeridas, pues el recurrente no acreditó, ni siquiera argumentó, algún motivo serio y concreto que le haya impedido cumplir con dicha tarea. Por el contrario, se limitó a invocar una genérica imposibilidad de acceder al expediente principal para obtener las copias peticionadas, extremo que no demostró, lo cual resulta insuficiente para poner en crisis el auto impugnado.

Por estos motivos, propongo que se rechace el planteo efectuado por el GCBA a fs. 109/110.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el planteo efectuado el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 109/110.

2º. *Mandar* se registre, se notifique y se continúe el trámite de la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXXII - RODRIGUEZ, VIVIANA SOLEDAD C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.849/14 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. La Sra. Viviana Soledad Rodríguez —por derecho propio y en representación de la niña a su cargo— promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad de su grupo familiar, que atribuyó al demandado. Como medida cautelar, solicitó su inclusión en un programa de emergencia habitacional (fs. 1/13).

El juez de primera instancia concedió la tutela cautelar requerida (fs. 29/31) y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo (fs. 137/142 vuelta) ordenando "...al

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que incluya a la amparista Rodríguez Viviana Soledad y a su hija (...) en el programa creado por el dec. 690/06 —modificado por el dec. 960/08—, otorgando una suma que cubra dichas necesidades de acuerdo al actual estado del mercado y, asimismo, continúe con dicha prestación mensual hasta tanto se cumplan con los objetivos generales y específicos del programa, o bien hasta que demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual [la] amparista y su hij[a] se encuentran han desaparecido” (fs. 142 vuelta).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 145/147). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso del GCBA agregando copia del fallo recaído en la causa “Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA y otros s/amparo”, en el que se individualizaran una cantidad de actuaciones —entre ellas, la que motiva esta intervención— a las que esa decisión resultaría aplicable (fs. 186/189 vuelta).

Para fundamentar el rechazo, los jueces *a quo* se refirieron a “...el derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas” (fs. 187); y afirmaron que “...el principio de la autonomía individual conlleva el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y exige comportamientos activos por parte del Estado, tendientes a hacer posible (...) el derecho de acceso a la vivienda (arts. 14 bis C.N., 31 CCABA y tratados internacionales con rango constitucional...)” (fs. 187). En relación con la creación de diversos programas sociales dirigidos a satisfacer el derecho a la vivienda, explicaron que más allá de los plazos que en ellos se prevén “...la Ciudad no [puede] suspender dicha cobertura si no se [halla] demostrado el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto la discontinuidad de tales prestaciones [vulnera] el principio de no regresividad...” (fs. 187). Destacaron, por fin, que la parte amparista había estado incluida en un programa habitacional, que no se había demostrado que su situación de emergencia habitacional hubiera variado, y que la demandada no había “...probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella” (fs. 188).

3. Contra el fallo de la Cámara, el GCBA interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 212/228) que fue concedido respecto de la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda, y rechazado en relación con la pretendida arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional alegadas (fs. 255/256 vuelta).

4. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y reenviar la causa a la Cámara del fuero para el dictado de un nuevo pronunciamiento (fs. 287/303 vuelta). La Sra. Asesora Tutelar, por su parte, solicitó el rechazo de la presentación (fs. 280/285 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que “...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”. Además, allí los jueces señalaron que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe

deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 189/189 vuelta).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452) el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC,¹⁸⁶ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer con su hija menor de edad a su exclusivo cargo; que se encuentra en una situación económica precaria; y a quien la administración le denegó la renovación del subsidio habitacional previsto por el dec. 690/06. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probada los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir

¹⁸⁶ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 186/189 vuelta y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras se mantenga la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora es una mujer, a cargo de una hija menor de edad, en *situación de vulnerabilidad social* (fs. 137/142 vuelta; 189 vuelta) y que, por esos motivos, se encuentra dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras, conforme señalaran los jueces de mérito.

2. Por ello, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, es posible entender que los distintos agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado se vincula al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora planteada; asunto que resulta sustancialmente similar al abordado por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. Tal como recordé en aquella oportunidad, en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;

vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.

viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC¹⁸⁷) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea

¹⁸⁷ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”)—.

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’’).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la

Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)'; C.764.XLVII. 'C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; C.766.XLVII. 'C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; D.127.XLVII. 'Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F. 60. XLVII. 'Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F.305.XLVII. 'Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.192.XLVII. 'G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416.XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[I]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la *ley 4036*, es una cuestión

que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1º/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁸⁸—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitan-

¹⁸⁸ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

te), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2^o, párr. 3^o, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8^o al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3^o del inc. 2^o del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los*

niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa

habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad social comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una

mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. *Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:*

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.¹⁸⁹

¹⁸⁹ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada....”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una

de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.*

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.*

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado

debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”¹⁹⁰ o “Sejean”¹⁹¹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolozá” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

¹⁹⁰ 347 Scotus 483 (1954).

¹⁹¹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de

derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAYT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 186/189 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXXIII - LEMOS FONSECA, ALBA NIBIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO¹⁹²

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Derechos económicos, sociales y culturales. Principio de no regresividad. Fundamentación por remisión a precedente. Excusación.

Expte. SACAYT n° 10.176/12 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

¹⁹² *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 30/5/2014 en los autos “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, en este tomo, p. 4276.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 311/323 vuelta) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento; en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 293/296 vuelta; fs. 299).

2. En lo que aquí interesa, los jueces agruparon la causa *sub examine* junto a otros expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal y dictaron una única sentencia. Para arribar a la solución ya reseñada, se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n°13817/0, el 13/10/06, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 311/323 vuelta), la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se agravó del decisorio porque la Cámara, en lo que respecta al monto de la obligación reconocida, se apartó sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 346/347 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que Macarena Alejandra Castillo —cuya guarda estaba a cargo de la actora— ya había alcanzado la mayoría de edad y que ello ya había sido advertido por el Asesor ante la Cámara; al tiempo que señaló que ese tribunal había proveído favorablemente la solicitud de que se la citara a estar a derecho (fs. 354).

6. En virtud de ello, se devolvieron los actuados a la Cámara para que se practicara la diligencia pendiente. Una vez cumplido ello, se presentó Macarena Alejandra Castillo e indicó que continuaba integrando el núcleo familiar de la actora Alba Nibia Lemos Fonseca (fs. 364), y acompañó constancia de embarazo (fs. 369).

7. La Asesora General Tutelar opinó que el Tribunal debía rechazar el recurso del GCBA (fs. 372/377 vuelta). A su turno, la Fiscal General Adjunta propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 381/384 vuelta).

8. A fs. 391 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 293/296 vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCaYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que: *i)* la señora Alba Nibia Lemos Fonseca inició estas actuaciones (por sí y en representación de su nieta menor de edad) con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna; *ii)* que la actora y su grupo familiar se encuentran en situación de *vulnerabilidad social*; *iii)* que los jueces de mérito entendieron que la demanda fue planteada por la señora Lemos Fonseca y su nieta como “grupo familiar”; *iv)* que la beneficiaria del programa habitacional es la señora Lemos Fonseca, una mujer de 71 años con una *discapacidad* (por la que obtuvo un certificado de discapacidad) —véase fs. 230/235; 296 vuelta—. Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene la parte accionante con la Ciudad.

2. En el caso, el GCBA pretende resistir el decisorio de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó, en los términos ya reseñados en las “resulta”, la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, es posible advertir que los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el *in re*: “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30 de abril del corriente año.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 293/296 vuelta; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad aquí valorada.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión planteada en autos es sustancialmente análoga a la suscitada en el expediente “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014. Por las razones que expresara en mi voto para esa causa, a las que me remito —y cuya copia se incorporará a este expediente—, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada. Las costas se imponen en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT). Así lo voto.

Por ello, y oído lo dictaminado por la Fiscal General Adjunta, por mayoría

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* la sentencia de fs. 293/296 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad aquí valorada.

4°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, suscripta el 30/4/2014.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLXXXIV - GCBA/S/QUEJAPOR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ZACARÍAS, ANAHI GABRIELA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.156/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Anahí Gabriela Zacarías y Washington Williams Mecoll Gadea, por sí y en representación de sus dos hijos menores de edad, promovieron acción de amparo (fs. 123/138) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que "...se ordene a la autoridad administrativa demandada nos garantice el acceso a una vivienda adecuada según los estándares que emanan los tratados de derechos humanos" (fs. 123). Tras relatar las situaciones de sus historias personales expusieron que "...ante la indiferencia del gobierno local por atender nuestra situación de extrema vulnerabilidad nos decidimos por iniciar esta acción" (fs. 125).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hizo lugar a la acción entablada, declaró la inconstitucionalidad del art. 2° del dec. 167GCBA/2011, en cuanto elimina la posibilidad de extensión de los plazos contemplada en el art. 5° del dec. 690/GCBA06 (conforme dec. 960/GCBA/08) y ordenó al GCBA que "...les otorgue a los amparistas y a sus hijos (...) la cobertura de una vivienda que contemple sus necesidades habitacionales, a través del medio que estime más conveniente y, en caso de ser un subsidio, este se encuentre en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades y le[s] brinde el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional. Dicha prestación deberá mantenerse en la medida en que subsistan las causas que dieron origen al otorgamiento de su cobertura habitacional o subsidio" (fs. 20 vuelta).

2. Disconforme con lo decidido el GCBA apeló y expresó sus agravios (fs. 21/36), los que fueron oportunamente contestados por la actora (fs. 166/191 vuelta)

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la resolución adoptada en primera instancia, salvo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por el *a quo* (fs. 38/40).

Los magistrados sustentaron normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables.

Ponderaron lo dispuesto por los arts. 2°, 6° y 7° de la ley 4036, y consideraron que se encuentra acreditado "...que el grupo familiar se encuentra en estado de vulnerabilidad social..." (fs. 39 vuelta) en atención al informe social elaborado por la parte demandada.

Finalmente, entendieron que, en atención al modo en que resolvían la causa "...no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de ninguno de los artículos del dec. 167/11 para dar una adecuada solución al conflicto" (fs. 40).

3. Frente a lo resuelto ambas partes interpusieron recursos de inconstitucionalidad, el GCBA a fojas 41/50 vuelta y los actores a fs. 208/219

4. La Sala II declaró inadmisibles ambos recursos de inconstitucionalidad (fs. 53/54). Para así decidir consideró que ninguna de las partes había planteado un caso constitucional en tanto la sentencia en crisis se había circunscripto a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales relacionadas con la vulnerabilidad social y el derecho a la vivienda, y no resultaba un pronunciamiento arbitrario.

5. Contra la denegatoria, tanto el GCBA (fs. 56/62 vuelta) como la parte actora (fs.109/116 vuelta, ratificada a fs. 120) plantearon las quejas *sub examine*.

En su recurso de hecho, el GCBA se agravia manifestando que "...en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas..." —con cita de las causas "Mantovano", expte. 3098/04; "Pons", expte. 3236/0, y "Panza", expte. 4270/05 (fs. 60).

Los actores sostienen en su queja, que los fundamentos esgrimidos por la Sala II para rechazar su recurso de inconstitucionalidad "...se presentan como dogmáticos y carentes de argumentación suficiente, absolutamente desligados de los concretos agravios expresados en aquel, aspecto que introduce un nuevo agravio inconstitucional (sic) por la arbitrariedad del rechazo" (fs. 110)

6. Requerido su dictamen, el Fiscal General propició el rechazo de ambas quejas, con sustento en que el agravio de los actores carece de actualidad y es conjetural, en tanto que el recurso del GCBA no cumple con el requisito de fundamentación exigido por el art. 33 de la ley 402 (fs. 226/229).

Por su parte, la Asesora General Tutelar contestó la vista conferida solicitando el rechazo de la queja impetrada por el GCBA y la admisión del recurso de queja y de inconstitucionalidad articulados por la parte actora (fs. 233/264).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La sentencia que viene cuestionada por ambas partes dispuso, en lo que ahora importa, "[c]onfirmar en todo la resolución de grado con excepción de lo dispuesto en el considerando 10 [considerando en el cual, el *a quo* señaló que, en atención al modo en que se resuelve, y a los fines de la adecuada composición del litigio no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de ninguno de los artículos del dec. 167/11 para dar una adecuada solución al conflicto, por lo cual corresponde revocar, en ese aspecto, el pronunciamiento de grado]" (fs. 40).

A su turno, la sentencia de primera instancia, confirmada en los términos transcritos, había ordenado a la demandada que: "...que otorgase al grupo familiar actor la cobertura de una vivienda que contemplase sus necesidades habitacionales a través del medio que estimase más conveniente y, en caso de ser un subsidio, este se encontrase en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades y le brindase el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional. Ello mientras subsistiese su situación actual" (fs. 38).

Para resolver de ese modo, los jueces de mérito entendieron que la parte actora —cuyo grupo familiar "...está conformado por la actora (quien, conforme surge de fs. 253, a la fecha del informe socio ambiental se encontraba embarazada, presuntamente, de mellizos), su pareja y dos hijos menores [...]; manifiesta realizarse controles frecuentes de salud por encontrarse embarazada, por presión alta y por supuesto riesgo

cardiológico// [s]egún se informó a fs. 254 el padre de los niños se encuentra en tratamiento psiquiátrico por ataques de pánico [... y] su hija menor se atiende en el hospital San Bernardino por sufrir bronco espasmos”, al tiempo que los ingresos del grupo “... se reducen a lo obtenido por las ‘changas’ que realiza el Sr. Washington y el beneficio de la Asignación Universal por hijo...”, V. fs. 39 vuelta— se encuentra en situación de vulnerabilidad, conf. el art. 6° de la ley 4036.

2. En tales condiciones, corresponde rechazar la queja deducida por la parte actora (n° 10159), porque la recurrente no muestra que la decisión de Cámara que viene objetando, que confirmó lo resuelto por el juez de grado, haya arribado a una solución distinta, que la de primera instancia, por ella consentida.

3. En cambio, los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara transcrita en el punto 1 de este voto.

3.1. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC¹⁹³, el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que me remito).

3.2. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que la Cámara afirmó aplicar, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

3.3. En *sub lite* no está debatido que el grupo familiar de la parte actora está compuesto por dos adultos y cuatro niños menores de edad, cuyos ingresos son los que surgen de la transcripción efectuada en el punto 1 de este voto. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

¹⁹³ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

3.4. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad del GCBA, revocar la sentencia de Cámara, de fecha 22/3/2013, en cuanto, no obstante afirmar lo opuesto, declaró implícitamente la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios, al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, la leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, voto por rechazar al queja n°10159; hacer lugar a la queja n° 10156 y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 38/40; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derechos sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. Recurso de Queja del GCBA:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar amparista y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que si bien la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dejó sin efecto la declaración de inconstitucional decidida en la sentencia de grado, al confirmar la decisión del *a quo* de “ordenar al GCBA la cobertura de una vivienda que contemple sus necesidades habitacionales, a través del medio que estime más conveniente, y, en caso de ser un subsidio este se encuentre en el marco del programa habitacional adecuado a sus necesidades, y le brinde el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional”, vino a condenar al GCBA a abonar íntegramente el costo de la vivienda de la parte actora, dejando de lado los topes previstos en los programas habitacionales establecidos en las normas vigentes.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé

“(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES¹⁹⁴) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad

¹⁹⁴ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES^C, el destacado no obra en el texto original).

de Buenos Aires s/amparo'; F.243.XLVII 'F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad'; F. 244. XLVI 1 'F., R. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo'; G.29.XLVII 'G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo'; G.28.XLVII. 'G., R. N. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo'; N.69.XLVII. 'Nicoli, Juan Carlos c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo'").

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios,

dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2°) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4°, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad* social y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la *ley 4036* (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por *ley 23.548* y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec.

705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁹⁵—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tie-

¹⁹⁵ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

nen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostóli-

ca, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Así lo voto.

II. Recurso de Queja de la parte actora:

1. La queja deducida por la parte actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, sin embargo no puede prosperar.

2. En efecto, el recurso pretende sostener el agravio referido a que la revocación por parte de la Cámara “de la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º del dec. 167/11, en cuanto elimina la posibilidad de extensión de los plazos contemplada en el art. 5º del dec. 690/06 (conforme dec. 960/08)”, podría implicar que la parte demandada, condenada en el juicio, decidiese limitar *temporalmente* la prestación a la que está obligada.

Ahora bien, la parte dispositiva de la sentencia de grado —confirmada por la Sala II de la Cámara—, especifica que la prestación a cargo del GCBA deberá mantenerse “en la medida en que subsistan las causas que dieron origen al otorgamiento de la cobertura habitacional o subsidio”, en tanto el grupo familiar accionante está compuesto por menores de edad, “se encuentra en estado de vulnerabilidad social y con escasos ingresos laborales” (fs. 271 vuelta de los autos principales).

En este contexto, la revocación de la mentada declaración de inconstitucionalidad no genera un gravamen actual e irreparable toda vez que no se demuestra que la decisión objetada haya modificado aquella precisión.

3. Por lo demás, vale recordar aquí que, de conformidad con lo resuelto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecido por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) —salvo que el GCBA acredite que aplica los recursos para subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio, ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida— los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la Constitución y las leyes ponen en situación de prioridad frente a las restantes; y, en el caso, la sentencia recurrida se limitó así a reponer las prioridades fijadas por el Legislador.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja de fs. 109/117.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

I. Queja de la parte actora (expte. n° 10.159).

El recurso de inconstitucionalidad que la queja *sub lite* viene a defender ante este estrado ha sido correctamente denegado por la Cámara en tanto la parte actora cuestiona el decisorio de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la sentencia de grado, ordenando al GCBA a dar a los amparistas la cobertura de una vivienda que contemplara sus necesidades habitacionales, manteniendo la prestación mientras subsistieran las causas que dieron origen al otorgamiento de su cobertura habitacional o subsidio.

Los recurrentes sostienen que el fallo impugnado, al revocar la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/GCBA06 efectuada por el juez de grado, deja a su grupo familiar sin protección ante la posibilidad de que el GCBA optara por incluirlos en el subsidio previsto en la citada norma y lo sujetara al límite temporal allí previsto.

Sin embargo, los argumentos de la parte actora no configuran agravio alguno y resultan puramente conjeturales. Así, de sus propios dichos se desprende que no existe una lesión concreta y actual derivada de la sentencia impugnada, máxime cuando la prestación ordenada al GCBA en la sentencia “deberá mantenerse en la medida en que subsistan las causas que dieron origen al otorgamiento de su cobertura habitacional o subsidio” (véase fs. 20 vuelta).

II. Queja del GCBA (expte. n° 10.156).

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, sin embargo no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que —sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar—: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones acreditadas en la causa.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 330:1095; 329:4775, entre muchos otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —véase *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta puramente genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —véase *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Las circunstancias supra indicadas resultan suficientes para decidir que la queja del GCBA no puede prosperar, toda vez que los agravios trasuntan meras discrepancias con lo resuelto.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General, corresponde rechazar los recursos de queja deducidos por la parte actora a fojas 109/117 y por el GCBA a fs. 56/62 vuelta

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Expte. n° 10.156:

1. La queja del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que no contiene una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, los jueces afirmaron:

- i) que (fs. 53 vuelta) “(...) de los propios términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales, relacionadas con la vulnerabilidad social y el derecho a la vivienda”;
- ii) que (fs. 53 vuelta/54) “(...) la circunstancia de que los recurrentes discrepen con el razonamiento efectuado por la sala sobre reglas de derecho común, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia se torne infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional”; y
- iii) que (fs. 54) “(...) más allá de la circunstancia de que los recurrentes discrepen con la solución adoptada, no logran demostrar qué interpretación posible de las normas que mencionan colisiona, y de qué manera, con la hermenéutica de la sentencia en crisis”.

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue refutar la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja de fs.56/62 vuelta.

Expte. n° 10.159:

5. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener. Este, sin embargo, no puede prosperar.

6. La Sala interviniente confirmó la sentencia de primera instancia que fuera favorable a los amparistas, con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 2° del dec. 167/2011 que el juez de grado había declarado “en cuanto elimina la posibilidad de extensión de los plazos contemplada en el art. 5° del dec. 690/06...” (fs. 20 vuelta). Para así decidir, los jueces *a quo* explicaron que dado que la resolución de primera instancia había fijado que las prestaciones a cargo del GCBA se mantendrían “en la medida en que subsistan las causas que dieron origen al otorgamiento de la cobertura habitacional o subsidio”, la declaración de inconstitucionalidad de la norma que vedaba su renovación resultaba innecesaria.

La decisión de la Cámara mantuvo incólumes los términos de las prestaciones dispuestas por la sentencia de primera instancia a favor de la amparista.

Más allá del acierto o error del modo en que la Cámara fundó su decisión, lo cierto es que esta se adecúa al alcance que corresponde acordar al derecho de acceso a una vivienda adecuada, para el que no cabe fijar otro límite que el que surge de su satisfacción total, hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta es la opinión que manifesté ya en precedentes como “Tolosa, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de agosto de 2006; la que mantuve en *leading cases* como “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de mayo de 2010 y “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de julio de 2010, y que mantengo en decisiones recientes como “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de abril de 2014.

La concordancia de la sentencia de segunda instancia con la interpretación amplia del derecho involucrado que siempre he propiciado, me lleva a confirmarla.

Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: a) rechazar el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, b) hacer lugar a la queja interpuesta la Sra. Anahí Gabriela Zacarías y el Sr. Washington Williams Mecoll Gadea, y rechazar su recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2°, del CCAyT).

Por ello, y emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por Anahí Gabriela Zacarías y Washington Williams Mecoll Gadea.

2°. *Admitir* parcialmente a la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 38/40 y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXXV - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BLANCO, FLAVIA MARICEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAYT n° 10.073/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Flavia Maricel Blanco, por su propio derecho y en representación de sus dos hijos menores de edad, promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se los incluya en alguno de los programas de emergencia habitacional.

La sentencia de primera instancia hace lugar a la acción entablada, declara la inconstitucionalidad de los plazos de vigencia y montos de los programas de asistencia habitacional en relación a la actora y sus hijos, y ordena al GCBA que "...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna a la accionante y su grupo familiar, ello mientras perdure su situación de emergencia habitacional..." (fs. 50/56 vuelta).

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apela y expresa agravios (fs. 57/62 vuelta), los que son oportunamente contestados por la actora (fs. 92/98 vuelta).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirma la resolución adoptada en primera instancia, salvo en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad dispuesta (fs. 64/66).

Los magistrados sustentan normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Ponderan lo dispuesto por los arts. 2°, 6° y 7° de la ley 4036 y consideran que "...se encuentra acreditad[a] de manera adecuada la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentra la actora" (fs. 65 vuelta).

3. Ambas partes interponen recursos de inconstitucionalidad (véase punto 3 de la sentencia de fs. 82/83 vuelta).

El GCBA en su recurso expresa que la sentencia de la Cámara "...resulta a todas luces arbitraria dado que la Administración se ve perjudicada, pues al no fijarse cifras exactas en el monto del subsidio, la Ciudad se encuentra imposibilitada de realizar las previsiones presupuestas para el tema habitacional de acuerdo a la norma vigente, con-

virtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y en contra de todo orden institucional, en perjuicio de los derechos de los demás habitantes de la ciudad” (fs. 69/69 vuelta). Sostiene también que el fallo lesiona su derecho de defensa, de propiedad, el principio de legalidad y la división de poderes (fs. 67/79 vuelta).

La Sala II, previo traslado que fue contestado por la actora a fs. 100/110, declara inadmisibles ambos recursos (fs. 82/83 vuelta).

Señala que la sentencia atacada se circunscribe a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/GCBA/06—. Afirma que el recurso interpuesto solo refleja discrepancias respecto de la manera en que se había valorado la prueba y la realidad jurídica verificada, y que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional.

4. El GCBA deduce recurso de queja contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 39/45 vuelta).

El recurrente manifiesta que “...en (...) la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas...” —con cita de las causas “Mantovano” Expte. 3098/0, “Pons” Expte. 3236/0 y “Panza” Expte. 4270/05 (fs. 43)—. Sobre el particular, destaca que su parte en modo alguno había omitido prestar asistencia habitacional de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, y que el amparo no resultaba ser la vía para cuestionar la forma en que las autoridades de aplicación ejecutaban los programas bajo análisis.

Afirma también que la Cámara dictó una sentencia que prescinde de la norma constitucional aplicable (art. 14 de la CCABA) en tanto omite ponderar que la prestación había sido cumplida en su totalidad, tornando la cuestión planteada en abstracta por ausencia de un acto lesivo.

Insiste en que se condenó al GCBA afectando su garantía del debido proceso y del derecho de defensa en juicio. Tacha de arbitrario el pronunciamiento atacado y reitera lo expuesto en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto a que el caso, tal como ha sido resuelto, revela la existencia de gravedad institucional.

La Fiscalía General propicia el rechazo del recurso de queja articulado por el GCBA “...porque no contiene una crítica concreta y pormenorizada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad” (fs. 137/139 vuelta).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente similar a la resuelta por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Tal como en aquella oportunidad, la queja interpuesta por el GCBA podrá prosperar solo parcialmente.

2. En primer lugar, el GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Sin embargo, estos planteos no configuran un caso constitucional en la medida que la alzada arribó a tal decisorio a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación de la amparista y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Así entonces, en la medida en que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado por aquellos respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular.

3. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, como se explicará a continuación. Interesa señalar aquí que si bien la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad decidida en la sentencia de grado, al confirmar la decisión del *a quo* de ordenar al GCBA que garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna del accionante y su grupo familiar, vino a condenar al GCBA a abonar íntegramente el costo de la vivienda de la parte actora, dejando de lado los topes previstos en los programas habitacionales establecidos en las normas vigentes.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan

a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso—.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES¹⁹⁶) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

¹⁹⁶ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES^C, el destacado no obra en el texto original).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva,

Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atraviesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6º de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios

habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1º/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina¹⁹⁷—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1ª sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremen-

¹⁹⁷ Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

to desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2^o, párr. 3^o, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8^o al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3^o del inc. 2^o del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994

al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó, al confirmar la sentencia de primera instancia, a que “(...) garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna a la accionante y su grupo familiar, ello mientras perdure su situación de emergencia habitacional que originó su asistencia (...)” (conf. fs. 291 de los autos principales).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC¹⁹⁸, el punto 5.2 nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer con dos hijos menores de edad a cargo, que está desocupada y no cuenta con ingresos (conf. fs. 292 vuelta de los autos principales). Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6º de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se re-

¹⁹⁸ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

suelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 291/293 de los autos principales; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos, tal como han sido planteados, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que, sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar: (a) invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca; (b) invoca genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido; (c) hace caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, (d) no explicita ni funda adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta puramente genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas—.

Las circunstancias *supra* indicadas resultan suficientes para decidir que la queja del GCBA no puede prosperar, toda vez que los agravios trasuntan meras discrepancias con lo resuelto.

Debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 39/45 vuelta.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i) que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii) que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 64/66 y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

3°. *Imponer* las costas por su orden.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXXVI - GCBAS/QUEJAPOR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN DECASTELLI, ANA MARÍA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)¹⁹⁹

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio estatal. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 10.335/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ana María De Castelli, por derecho propio, promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante el GCBA) con el objeto de que se le permita “acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, por lo que, en el caso de que la solución a brindarse sea un subsidio, este debe ser tal que permita abonar en forma íntegra el valor”. Tras relatar situaciones de su historia personal expuso que se encuentra “en una situación de extrema vulnerabilidad social y necesita ayuda urgente...” (fs. 49/107).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hace lugar a la acción entablada y ordena al GCBA que “garantice el acceso a una vivienda adecuada a la parte actora, mantenga a la amparista en el programa creado por el dec. 690/2006 (modificado por los decs. 960/2008 y 167/2011), otorgando una suma que cubra sus necesidades habitacionales de acuerdo al actual estado del mercado, y la oriente en la búsqueda de una solución definitiva a su situación de emergencia habitacional...” (fs. 15 vuelta).

2. El GCBA apela y expresa sus agravios (fs. 21/35) los que fueron oportunamente contestados por la actora (fs. 118/131).

La Sala II de la CACAyT rechaza el recurso de apelación interpuesto y confirma la resolución adoptada en primer instancia (fs. 18/20).

Los magistrados sustentan normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Ponderan lo dispuesto por los arts. 2º, 6º y 7º de la ley 4036 y consideran que estaba “...acreditada de manera adecuada la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentra la actora...” (fs. 20) en atención al informe social elaborado por la parte demandada.

¹⁹⁹ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 4/6/2014 en los autos “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, en este tomo, p. 3731.

3. El GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad (fs. 132/143). En el mencionado recurso el GCBA expresa que la sentencia de la Cámara “resulta a todas luces arbitraria dado que la Administración se ve perjudicada en tanto, al no fijarse cifras exactas en el monto del subsidio a ser abonado por la Administración ni un plazo determinado para ello (...), mi parte se encuentra imposibilitada de realizar las previsiones presupuestarias para el tema habitacional de acuerdo con la normativa vigente, convirtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y contrario a todo orden institucional, con evidente perjuicio a los derechos de los demás habitantes de la ciudad” (fs. 135 vuelta).

Sostiene también que el fallo lesiona su derecho de defensa, de propiedad, el principio de legalidad y la división de poderes (fs. 132/143).

La Sala II —previo traslado que fue contestado por la actora a fs. 144/157— declara inadmisibles el recurso del GCBA. Destaca que la sentencia atacada se circunscribe a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/GCBA/06—. Afirma además que el recurso solo refleja discrepancias respecto de la manera en que se había valorado la prueba y la realidad judicial verificada y que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional. Sostiene en suma, que el pronunciamiento se encontraba debidamente fundado y ajustado a derecho.

4. El GCBA se alza en queja con el objeto de sostener su recurso de inconstitucionalidad (fs. 37/44).

El recurrente se agravia, señalando que “en (...) la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas...” —con cita de las causas “Mantovano” Expte. 3098/04, “Pons” Expte. 3236/0 y “Panza” Expte. 4270/05 (fs. 41 vuelta)—. Sobre el particular, destaca puntualmente que su parte en modo alguno había omitido prestar asistencia habitacional de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, y que el amparo no resultaba ser la vía para cuestionar la forma en que las autoridades de aplicación ejecutaban los programas bajo análisis.

Afirma también que la Cámara de Apelaciones dictó una sentencia que prescinde de la norma constitucional aplicable (art. 14 de la CCABA) en tanto omitió ponderar que la prestación había sido cumplida en su totalidad, tornando la cuestión planteada en abstracta por ausencia de un acto lesivo.

Insiste en que se condenó al GCBA afectando su garantía del debido proceso y del derecho de defensa en juicio. Tacha de arbitrario el pronunciamiento atacado y reitera lo expuesto en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto a que el caso, tal como había sido resuelto, presenta gravedad institucional.

La Fiscalía General propicia el rechazo del recurso de queja articulado por el GCBA “porque no contiene una crítica concreta y pormenorizada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad” (fs. 162/164 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402.

2. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantizara su derecho a una vivienda digna, y *ii)* que es una adulta mayor de 60 años, se encuentra en situación de vulnerabilidad y que está en situación de calle (fs. 402 vuelta de los au-

tos principales). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

3. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó —en los términos ya reseñados en el punto 2 de los “resulta”— la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re* “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, sentencia suscripta el día 4/6/2014, más allá de la diferencia de trámite por tratarse en esta oportunidad de una queja.

4. En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 401/403 de los autos principales y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de la accionante.

Así lo votamos.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que —sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar—: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta puramente genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Las circunstancias supra indicadas resultan suficientes para decidir que la queja del GCBA no puede prosperar toda vez que los agravios trasuntan meras discrepancias con lo resuelto.

No obstante, al margen de lo expuesto, entiendo oportuno destacar aquí que la decisión adoptada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en el presente caso se sustenta principalmente en la apreciación fáctica de la particular situación de vulnerabilidad por la que transita la actora, la que considero puede enmarcarse dentro de los parámetros referenciados por la CSJN en la causa “Q.C.S Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos*, 335:452.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 37/44.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 401/403 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar

a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de la accionante.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, suscripta el 4/6/2014.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCLXXXVII - PAEZ, OSCAR CESAR C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAYT n° 10.173/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Sr. Oscar César Páez fue notificado de la sentencia del Tribunal de fs. 210/235. Mediante el escrito de fs. 239/240 comparece a manifestar que no recurrirá la sentencia y solicita que se “...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud. / El concepto de ‘alojamiento’ se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a mi respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las propuestas que debe hacer el GCBA, de acuerdo a la condena dispuesta y de sus obligaciones para garantizar el derecho a la vivienda. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías cuando se dé la respuesta a cómo se concreta mi derecho a la vivienda reconocido por el Tribunal”.

Además, el actor afirma que “...dado mi grado de discapacidad, mi frágil estado de salud y las características singularísimas de mi enfermedad, reconocidas por el Tribunal, procede el mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate sobre el alojamiento ordenado. / (...) Hasta que la resolución del proceso de ejecución de sentencia se encuentre firme, y por lo tanto la obligación del demandado debidamente cumplida, la manda cautelar debe continuar vigente. De no ser así, y dada mi situación de vulnerabilidad debidamente reconocida en autos, quedaría nuevamente en situación de calle por la imposibilidad de hacer frente al costo del alojamiento con mis propios —y escasísimos— recursos. Tal previsión, por otro

lado, se encuentra en línea con lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa ‘Q. C. S. Y.’, sentencia del 24/4/2012”.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúa el actor en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se le dé al concepto de alojamiento, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales protectorias de mi especial situación de salud”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si correspondiera, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que la cuestión relativa a la medida cautelar oportunamente dispuesta en las instancias de mérito no fue abordada por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, los planteos relativos al alcance de esa tutela deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Resta señalar aquí que la decisión de este Estrado que condenó al GCBA a que presente ante el juez de grado una propuesta “para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad” en la actualidad se encuentra firme.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por el actor y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la “reserva” de la cuestión “constitucional y federal”, que sostiene involucraría el concepto de “alojamiento” (fs. 239 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado— es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúa el amparista.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 210/235.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Oscar César Páez.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 212, punto 5.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCLXXXVIII - GCBA/S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GARCÍA, JORGE DANIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.200/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) y Jorge Daniel García dedujeron recursos de queja (fs. 42/50 y 169/177, respectivamente) contra la denegatoria de los recursos de inconstitucionalidad que habían interpuesto contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 14/7/2010— resolvió “...rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado” (fs. 4 vuelta) en cuanto ordenó al GCBA “...que mantenga las prestaciones previstas en el dec. 690/2006 o en el plan asistencial que lo sustituya o lo extienda en el futuro, hasta tanto se cumplan los objetivos del programa creado por dicho decreto y se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual se encuentra el actor ha[n] desaparecido” (fs. 71 vuelta).

2. El *a quo* sostuvo que, con posterioridad a la mencionada sentencia de este Tribunal, se dictó la ley 4036, cuyo objetivo es “...—el reconocimiento integral de los Derechos y Garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (fs. 3). Así, entendió que correspondía resolver los planteos que el GCBA había formulado contra la sentencia de grado a la luz de esa nueva normativa. En ese orden de ideas, afirmó que “...se encuentra acreditada de manera adecuada la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentra el actor, [razón por la cual] corresponde rechazar el recurso incoado y confirmar la sentencia apelada” (fs. 4). Con carácter previo a ello, había señalado que “...en uso de las facultades ordenatorias previstas en el art. 29 del CCAyT, el tribunal dispuso que se librara un oficio al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Desarrollo Social a fin de que presentase un informe socio-ambiental de la parte actora, lo cual fue cum-

plido a fs. 431/433.// De dicho informe, surge que se trata de una persona de 60 años de edad con estudios primarios. En lo que respecta a su salud, sufre de priapismo y se encuentra en tratamiento en el Hospital de Clínicas. Asimismo, es atendido los martes y miércoles en el Hospital Borda por problemas psiquiátricos y está medicado” (conf. fs. 431/432). En lo que refiere a los ingresos del actor, el fallo tuvo en cuenta que el actor obtiene ingresos por su actividad como vendedor ambulante y “...que alquila una habitación de una casa ubicada en el partido de merlo que comparte con otra familia. Pese a que obtiene allí un lugar donde residir más económico, sus escasos ingresos no permiten abonar el canon locativo” (conf. fs. 3/4).

En ese contexto, concluyó que el derecho del actor a un alojamiento viene reconocido por los arts. 18 y 25, inc. 3º, de la ley 4036 (fs. 4).

3. El GCBA sostuvo que *i)* la Cámara excedió la jurisdicción que el Tribunal le devolvió (conf. fs. 138vuelta/139); *ii)* de las constancias de la causa surge que el actor no se encuentra en la situación de vulnerabilidad que entendió la Cámara (conf. fs. 139vuelta/141); y, *iii)* la Cámara invadió facultades del PE.

Finalmente, controvierte la imposición de costas (conf. fs. 144/145).

4. Por su parte, la parte actora se agravió de que la Cámara no hubiera confirmado la sentencia de primera instancia en cuanto, dice, declaró inconstitucional el monto y la cantidad de cuotas del subsidio habitacional establecido por el dec. 690/06 y sus modificatorios, y los valores reales y actuales de los alojamientos. Agregó que la rigidez de la sentencia tampoco permitía a la contraria adecuar la prestación conforme a sus necesidades, teniendo en cuenta que le había brindado tutela obligando al GCBA a otorgarle una prestación dineraria, y no en especie.

5. La Cámara denegó ambos recursos de inconstitucionalidad porque entendió que no planteaban una cuestión constitucional que habilitara la competencia del Tribunal (fs. 39/40).

6. A fs. 280, el juez de trámite dispuso la acumulación de las dos quejas, la del GCBA (conf. expte. n° 10200/13) y la de la parte actora (conf. expte. n° 10207/13).

7. El Fiscal General opinó que el Tribunal debería hacer lugar a las quejas interpuestas y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad de la parte actora. (fs. 318/330).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar ambas quejas.

2. El GCBA no muestra que la Cámara, con su decisión transcripta en el punto 1 de los Resulta (que centralmente manda a que el actor sea mantenido en la percepción del beneficio habitacional), no hubiera venido a reponer la situación de prioridad en que entendió está (conf. el art. 31 de la CCABA). En otras palabras, el Tribunal, por mayoría, ordenó devolver la causa a la Cámara para que se analizara si la parte actora cumplía las condiciones previstas en el dec. 960/08 y si había demostrado estar comprendida en alguna de las prioridades previstas en el art. 31 de la CCABA. La Cámara, no obstante las menciones que hizo acerca de la ley 4036, concluyó que el actor estaba en situación de vulnerabilidad social (conf. el punto 2 de los “Resulta”); razón por la cual, a juicio del *a quo*, debía mantenerse el subsidio habitacional que venían percibiendo. De ahí que no se observa la arbitrariedad en que el GCBA afirma habría incurrido la Cámara.

3. Los planteos dirigidos a cuestionar la valoración de los extremos de hecho y prueba que hizo la Cámara exceden la competencia revisora de este Tribunal; como así también los dirigidos a controvertir la imposición de las costas.

4. Por su parte, la Defensa no muestra que la decisión de Cámara, que confirmó lo resuelto por el juez de grado, haya arribado a una solución distinta, que la de primera instancia, por ella consentida. En ese contexto, la queja no rebate la razón por la cual la Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad, esto es, la ausencia de una cuestión constitucional.

Por ello, voto por rechazar ambas quejas.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

I. Recurso de queja del GCBA

1. En mi concepto, la queja deducida por el GCBA no puede prosperar.

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí se sostiene, el GCBA pretende cuestionar el decisorio emitido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a raíz del pronunciamiento de este Tribunal que, por mayoría, dispuso el reenvío de las actuaciones a fin de que "...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[er]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09" —parte dispositiva que acompañé con los alcances resultantes de mi voto y de las consideraciones vertidas *in re*: "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 6153/09, sentencia del 12/5/2010, donde hice un exhaustivo tratamiento de diversas cuestiones vinculadas al programa habitacional cuestionado.

En lo que aquí importa, el *a quo* confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al GCBA a que mantuviese las prestaciones del dec. 690/06 y sus modificatorios o, en su defecto, de cualquier otro plan que lo extienda o sustituya, hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional de García Jorge Daniel hayan desaparecido. Apoyó esa decisión, principalmente, en la ley 4036. Sostuvo que la parte actora podía entenderse comprendida en la situación vulnerabilidad que describe el art. 6° de esa ley y, especialmente, en la contemplada en el art. 18 de ese cuerpo normativo, por ser el accionante un adulto mayor de 60 años, con problemas de salud, desempleado y sin ingresos suficientes.

3. Por su parte, los agravios del GCBA pretenden resistir la obligación de asistencia que los jueces de mérito reconocieron en favor de la accionante. Sin embargo, el GCBA no se ha hecho cargo de atacar los fundamentos en los que el tribunal *a quo* apoyó su sentencia. Así pues, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido permanece incólume.

Estas falencias argumentales llevan forzosamente al rechazo de la presente queja.

Empero, la decisión de rechazar la queja por los fundamentos expuestos precedentemente, y más allá del acierto o error del giro utilizado en la parte dispositiva del decisorio que se pretende resistir —que contiene cierta indefinición que deberá ser precisada en la etapa de ejecución de sentencia—, no implica abandono de la doctrina sentada *in re*: "Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 9903/13, sentencia suscripta el 4/6/2014, en el que

este Tribunal ordenó al Estado local efectuar una propuesta para dar satisfacción a las obligaciones legales vigentes para casos como los del sub *examine*, con el fin de conciliar la tutela de los derechos sociales involucrados con la disponibilidad de los medios financieros tomando en cuenta las partidas presupuestarias aprobadas por la Legislatura.

II. Recurso de queja de Jorge Daniel García

1. En lo que respecta a la queja deducida por la parte actora, entiendo que esta también debe ser rechazada.

2. Los distintos planteos que la recurrente pretende mantener ante este Estrado son aquellos esgrimidos contra la decisión de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que, si bien confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo —ordenando al GCBA “que mantenga las prestaciones previstas en el dec. 960/08 o en el plan asistencial que lo sustituya o lo extienda en el futuro [...] hasta tanto se demuestre que las circunstancias de emergencia habitacional en la cual se encuentra el actor han desaparecido”—, revocó la declaración de inconstitucionalidad decidida en la sentencia de grado pues consideró que “en atención al modo en que se resuelve no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la instancia de grado para dar adecuada solución al conflicto”. El accionante entiende que así el decisorio recaído en autos lesiona de manera flagrante sus derechos constitucionales a la vivienda, a la salud, a la igualdad y a una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, más allá del acierto o error de la sentencia impugnada, entiendo que la interesada no ha acreditado que ese pronunciamiento le genere un gravamen concreto y actual, en la medida en que las distintas formulaciones —que expresan que con lo resuelto se pondría en riesgo su derecho a la vivienda y a la salud integral— remiten al plano de lo conjetural o hipotético.

En efecto, interesa destacar que el giro utilizado en la parte dispositiva del decisorio que confirmó la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario contiene ciertas indefiniciones; por lo que será en la etapa de ejecución de sentencia donde quedará precisado el plan habitacional o propuesta aplicable a la particular situación del señor Jorge Daniel García que fuera reseñada por los jueces de la causa.

Por los motivos expuestos, la queja deducida por la parte actora debe ser rechazada. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma, no obstante, no podrá prosperar, toda vez que los agravios expresados por el GCBA no logran rebatir adecuadamente el motivo que tuvo en cuenta la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, y en tanto comparto los fundamentos desarrollados por el Dr. José O. Casás en su voto —especialmente en cuanto afirma que el GCBA no ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales por él invocadas y lo resuelto por el Tribunal *a quo*—, adhiero a la solución que propone, con el alcance establecido en el punto 3, párr. 3° de su voto.

2. Corresponde rechazar la queja n° 10207/13 toda vez que el amparista, en su recurso, no demuestra que la solución arribada por la Cámara sea distinta a la de primera instancia, por él consentida.

Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

Las quejas ha sido deducida en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo no pueden prosperar.

Coincido con la solución que propicia mi colega el Dr. Luis F. Lozano en su voto, por cuanto (i) las manifestaciones vertidas por la accionante trasuntan meras discrepancias hipotéticas con lo resuelto cuando no alcanza a determinar claramente de qué manera lo decidido por los jueces de la causa le generan agravio. Asimismo, sus referencias genéricamente invocadas sobre los preceptos constitucionales que advierte conculcados resultan insuficientes para acreditar ante el Tribunal un genuino caso constitucional.

Por su parte, la accionada (ii) hace caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y no explícita ni funda adecuadamente donde radica la arbitrariedad en lo decidido así como por qué lo resuelto reviste gravedad institucional.

En virtud de lo expuesto y en concordancia parcial con lo opinado por la Fiscalía General, corresponde rechazar ambas quejas.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Expte. n° 10.200:

1. La queja del GCBA fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar, porque no contiene una crítica suficiente de la resolución interlocutoria que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar su acceso a esta instancia, los jueces de la Sala II mantuvieron que el demandado no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad o de gravedad institucional.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar parcialmente los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Corresponde, por lo expuesto, rechazar el recurso directo de la autoridad demandada.

Expte. n° 10.207:

5. La queja de la parte de la parte actora satisface los requisitos de tiempo y forma previstos en la ley 402, y contiene una crítica suficiente de la resolución que denegó su recurso de inconstitucionalidad, lo que autoriza su tratamiento. Este, sin embargo, que debe ser rechazado.

6. La Sala II confirmó la sentencia de primera instancia que fuera favorable al amparista, con excepción de la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 690/06.

Los jueces *a quo* explicaron que el amparista estaba alcanzado por las disposiciones de la ley 4036, lo que motivaba acordarle la tutela allí prevista y hacía innecesario declarar la inconstitucionalidad del decreto mencionado. En ese sentido, precisaron:

- i) que del informe socio-ambiental que la Cámara —en ejercicio de sus facultades ordenatorias— dispuso efectuar, “...surge que se trata de una persona de 60 años de edad con estudios primarios. En lo que respecta a su salud, sufre de priapismo y se encuentra en tratamiento en el Hospital de Clínicas. Asimismo, es atendido los martes y miércoles en el Hospital Borda por problemas psiquiátricos y está medicado” (fs. 3 vuelta),
- ii) que el art. 25, inc. 3º de la ley 4036 dispone que está cargo del demandado “...brindar alojamiento para aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad social”, y que los arts. 16 a 18 establecen que “...en caso de los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social, la autoridad de aplicación deberá asegurarles el acceso a un alojamiento...” (conf. fs. 4).

7. Los vocales acertaron al sostener que el amparista tiene derecho a las prestaciones previstas en la ley 4036, lo que —como correctamente mantuvieron— los dispensa de pronunciarse acerca de la adecuación constitucional del dec. 690/06.

Su sentencia es respetuosa del alcance que corresponde acordar al derecho de acceso a una vivienda adecuada, para el que no cabe fijar otro límite que el que surge de su satisfacción total, hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta es la opinión que manifesté ya en precedentes como “Tolosa, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de agosto de 2006; la que mantuve en *leading cases* como “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de mayo de 2010 y “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de julio de 2010, y que mantengo en decisiones recientes como “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de abril de 2014.

La concordancia del fallo de segunda instancia con la interpretación amplia del derecho involucrado que siempre he propiciado, me lleva a confirmarla.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja del GCBA, hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el Sr. Jorge Daniel García, y rechazar su recurso de inconstitucionalidad. Así voto.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Rechazar* la queja interpuesta por Jorge Daniel García.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCLXXXIX - GCBAS/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN LAINO, VIVIANA VERÓNICA C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo, requisitos formales. Copias. Oportunidad procesal.

Expte. SACAyT n° 10.384/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Viviana Verónica Laino y su hija menor —representada por la Asesoría Tutelar— interponen acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se les otorgue asistencia habitacional; asimismo solicitan se dicte una medida cautelar al efecto, la que fue oportunamente concedida y luego confirmada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (conf. copia parcial de la sentencia obrante a fs. 3 y fs.10).

2. Contra lo decidido el GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad, el que no es concedido por la Cámara (fs. 8/9).

Para así resolver, los jueces tuvieron en cuenta que las medidas cautelares —aún dentro del marco de una acción de amparo—, por regla, no son consideradas definitivas salvo que la recurrente acredite su equiparación; concluyeron que el recurso interpuesto no lograba demostrar dicho extremo, así como tampoco presentaba un caso constitucional dado el carácter genérico de los planteos argumentados.

El GCBA se alza en queja ante el Tribunal (fs. 10/16 vuelta). Plantea —sustancialmente— la inexistencia de una obligación jurídica incumplida por su parte, la arbitrariedad de la sentencia atacada —en tanto desconoce la letra de la normativa en materia habitacional—, y que el decisorio atacado prescindió de las consideraciones vertidas por este Tribunal en las causas “Mantovano” expte. n° 30.98/0 y “Pons” expte. n° 3236/0 (fs. 10 vuelta). Asimismo, plantea que resulta directamente aplicable al caso la doctrina elaborada por la CSJN en materia de gravedad institucional.

3. La Asesoría General Tutelar sostiene que las constancias obrantes resultan insuficientes y se pronuncia por el rechazo de la queja, destacando que el GCBA omitió dar cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal en el marco de las previsiones del art. 33 de la ley 402 (fs. 48 y fs. 53 y vuelta.); subsidiariamente, adhiere a las defensas esgrimidas en la contestación del traslado del recurso de inconstitucionalidad de la Defensoría ante la Cámara (fs. 51/57). Por su parte la Fiscalía General Adjunta señala que el recurso interpuesto carece de los requisitos mínimos para ser tratado (art. 33 de la ley 402), toda vez que “...habiendo sido intimada por V.E. (...) la recurrente no acompañó copias de las piezas esenciales para examinar el caso” (fs. 59).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El recurso directo del GCBA no resulta admisible.

2. A fs. 19 requerí al recurrente, con base en lo dispuesto en el art. 33 LPTSJ, la presentación de las copias que acreditaran la *interposición* en término del recurso de inconstitucionalidad al que viene a sostener la queja de fs. 10/17. Sin embargo, el quejoso no las acompañó, trayendo solamente la contestación del traslado efectuado por la actora —respecto de los agravios formulados por el GCBA contra la sentencia de grado— y la contestación del traslado sobre el recurso de inconstitucionalidad deducido —fs. 46.

Esta omisión sella la suerte adversa de la queja porque está a cargo de la parte que plantea un recurso de hecho por denegación del recurso de inconstitucionalidad acreditar que este fue planteado en tiempo oportuno, ya que el plazo es perentorio (art. 22 ley 2145 y art. 137, CCAyT).

En el caso, al no haber el Gobierno acompañado las copias exigidas para certificar que su actividad impugnativa ante la Cámara fue diligente y oportuna, la queja debe ser rechazada (conf. en igual sentido TSJ en “Limpia Buenos Aires S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Limpia Buenos Aires S.A. c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos’”, expte. n° 8148/11, sentencia del 29/2/2012, y conf. mi voto en “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Club Atlético River Plate, Asoc. Civil s/inf. Art. 4.1.1.2, habilitación en infracción- L 451”, expte. n° 7936/11, sentencia del 24/8/2011, entre otros).

3. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 10/17.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por las razones expuestas por la Sra. jueza de trámite en su voto, que comparto, adhiero a la solución que propone.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja no podrá prosperar, toda vez que, la recurrente, no ha acreditado la interposición en término del recurso de inconstitucionalidad que intenta sostener en esta instancia.

Esta sola circunstancia resulta suficiente para determinar que la queja interpuesta por el GCBA debe ser rechazada.

2. Por ello, y en tanto comparto los fundamentos desarrollados por la Dra. Inés M. Weinberg en su voto, adhiero a la solución que propone.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Según el relato del GCBA, la presente queja está dirigida contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que habría deducido, a su vez, contra la sentencia de Cámara que habría hecho lugar a una medida cautelar, cuyo contenido no indica cuál sería (conf. fs. 9 y 10).

En ese contexto, el GCBA no se hace cargo, mínimamente, de la principal razón por la cual —conforme surge de las copias acompañadas— los jueces *a quo* denegaron su recurso de inconstitucionalidad, esto es, que por tratarse de una resolución cautelar, no se dirigía contra una sentencia definitiva y la parte recurrente no había dado razones para equipararla a una de esa especie.

Por ello, corresponde rechazar la queja deducida a fs. 10/16 vuelta

El juez José O. Casás dijo:

1. Más allá de las atinadas consideraciones de índole formal que desarrolla la señora jueza de trámite en su voto, entiendo que en el *sub examine* la suerte adversa de la queja está sellada por el motivo que expondré a continuación.

2. Si bien ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar* en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145 resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad [v. mi voto en minoría *in re*: “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 5872/08, resolución del 27/8/2008], la presentación no reúne los requisitos formales básicos para ser tratados toda vez que la recurrente no cumple con los recaudos prescriptos por el art. 33, párr. 2° de la ley 402.

El recurso no satisface, entonces, la exigencia de fundamentación y autosuficiencia que debiera contener para bastarse a sí mismo, implicando ello un óbice insalvable que impide avanzar en su consideración.

En particular, no identifica el auto denegatorio ni mucho menos lo rebate; no explica circunstanciadamente los detalles de la causa en que fue dictada la resolución, ni adjunta copias que permitan acceder a los mismos; confunde el tribunal *a quo* (al referir alternativamente entre Sala II y III), así como también la acción de fondo con el proceso incidental.

Los motivos que anteceden, justifican, a mi juicio, el rechazo de la presentación directa.

Así lo voto.

Por ello, y oído lo dictaminado por la Fiscal General Adjunta,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXC - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN C.E.A. C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Derecho a la vivienda digna. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

Expte. SACAyT n° 10.845/14 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) viene en queja contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia que confirmó la de grado modificando el alcance de la condena (fs. 105/111 vuelta).

2. Los jueces de mérito ordenaron al GCBA que "...en ejercicio de su competencia, adopte los recaudos necesarios con el fin de que se le otorgue a la actora el subsidio previsto en el programa habitacional vigente o bien la provisión de los fondos suficientes —debidamente acreditados en cuanto a su necesidad y alcances— para cubrir la totalidad del canon locativo" (fs. 77 vuelta). Asimismo, revocaron el pronunciamiento de primera instancia respecto al límite temporal —que ordenó al GCBA incorporar al actor en un plan habitacional por el plazo de 6 meses— porque consideraron que resultaba contradictorio que, reconocida la situación de vulnerabilidad por su condición de salud y discapacidad, se estableciera un plazo tan breve de intervención estatal para tutelar los derechos en juego.

En cuanto al fondo, dijeron que el art. 14 bis de la C.N. define al sistema de la seguridad social como integral e irrenunciable, y que establece la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. Manifestaron, además, que ese esquema se complementa con lo estatuido en los arts. 17, 18 y 31 de la CCABA y con los tratados internacionales de rango constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.). Señalaron que en la materia rige el principio de no regresividad y que en esa dirección el legislador sancionó la ley 4036 que reconoce en forma integral los derechos y garantías consagrados en la C.N., los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la CCA-BA. Describieron que dicha norma define la vulnerabilidad social y fija las condiciones para acceder a las prestaciones económicas. En ese contexto, manifestaron que en todos los casos se trata de esclarecer la vulnerabilidad social del peticionario y analizar sus razonables esfuerzos para superar ese estado crítico según la prueba aportada a la causa desde su valor intrínseco, su faz dinámica y, fundamentalmente, contextual. Analizaron el caso en particular y concluyeron que se encontraba acreditada de manera adecuada la situación de vulnerabilidad social en la que se hallaba el actor por lo que correspondía rechazar el recurso interpuesto por la demandada (fs. 75/77 vuelta).

3. En el recurso de inconstitucionalidad el GCBA sostuvo que la sentencia prescindió de las constancias de la causa, se apartó de las normas vigentes (decs. 690/06, 960/08 y 167/011 y ley 3706) e invadió la zona de reserva de los poderes legislativo y ejecutivo al afectar una suma de dinero que no había sido presupuestada (fs. 78/100).

4. La Cámara sustentó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad en que la parte recurrente no había logrado vincular sus agravios con las normas constitucionales invocadas y en que la tacha de arbitrariedad no estaba debidamente fundada (fs. 102/103).

5. El Fiscal General opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia recurrida porque se le imponía al GCBA la obligación de incorporar al actor en un plan habitacional vigente sin contemplar que esa era facultad de la Administración, al tiempo que también perjudicaba al actor ya que el contenido de la condena llevaba a que su cumplimiento quedase limitado a la existencia y continuidad del plan habitacional (fs. 119/133).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, ANA MARÍA CONDE, JOSÉ O. CASÁS e INÉS M. WEINBERG dijeron:

1. Si bien la queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402, no puede prosperar por los motivos que se exponen a continuación.

2. El tribunal *a quo* condenó al GCBA a que “adopte los recaudos necesarios con el fin de que se le otorgue a la actora el subsidio previsto en el programa habitacional vigente o bien la provisión de los fondos suficientes —debidamente acreditados en cuanto a su necesidad y alcances— para cubrir la totalidad del canon locativo”. Apoyó esa decisión, principalmente, en la ley 4036. Sostuvo que la parte actora podía entenderse comprendida en la situación de vulnerabilidad que describe el art. 6 de esa ley. Destacó, en particular, que el actor era un hombre de 56 años, diabético y portador de HIV, que no contaba con recursos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento toda vez que la suma que percibía en virtud de la pensión por discapacidad resultaba insuficiente y no contaba con contención familiar (fs. 76 vuelta).

3. Por su parte, los agravios del GCBA pretenden resistir la obligación de asistencia que los jueces de mérito reconocieron en favor de la accionante.

Sin embargo, el GCBA no se ha hecho cargo de atacar los fundamentos en que apoyó su sentencia el *a quo*; tampoco de discutir la situación de vulnerabilidad en que la Cámara consideró al accionante.

Así pues, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos.

Estas falencias argumentales llevan forzosamente al rechazo de la presente queja.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General, votamos por rechazar la queja de fs. 105/111 vuelta

El juez JOSÉ O. CASÁS agregó:

Más allá del acierto o error del giro utilizado en la parte dispositiva del decisorio que se pretende resistir —que contiene cierta indefinición que deberá ser precisada en la etapa de ejecución de sentencia—, por los fundamentos expuestos precedentemente acompañó la decisión de rechazar la queja del GCBA incoada en autos, sin hacer abandono de la doctrina sentada *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014, en el que este Tribunal ordenó al Estado local efectuar una propuesta para dar satisfacción a las obligaciones legales vigentes para casos como los del *sub examine*, con el fin de conciliar la tutela de los derechos sociales involucrados con la disponibilidad de los medios financieros tomando en cuenta las partidas presupuestarias aprobadas por la Legislatura.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i) que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii) que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad y rechazaron la alegación de gravedad institucional formulada por la Procuración.

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitucionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto. Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXCI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MONTENEGRO, IRMA ISABEL C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva: improcedencia.

Expte. SACAyT n° 10.370/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Irma Isabel Montenegro, por derecho propio, y en representación de la niña a su cargo, promovió acción de amparo (fs. 36/71) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de obtener una solución que le "(...) permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose la integridad familiar" (fs. 36 vuelta). Por ello, requirió que en el caso de que la solución a brindarse fuera un subsidio, este le permitiera abonar en forma íntegra el valor de un

lugar de las características descriptas precedentemente y de tal modo que, si el mismo se abonara en cuotas periódicas, cada una de ellas fuera suficiente (conf. fs. 36 vuelta).

Con la demanda, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar que ordenase al GCBA su incorporación a alguno de los programas habitacionales vigentes.

El juez de primera instancia concedió la medida cautelar (fs. 132/134) y ordenó al Gobierno que “(...) arbitre los medios necesarios a fin de incluir a la amparista y su grupo familiar en alguno de los programas habitacionales vigentes, manteniendo su integridad y que no podrá consistir en la inclusión en paradores u hogares de tránsito, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa...” (fs.134).

2. Disconforme con lo resuelto, tanto la amparista como el GCBA interpusieron sendos recursos de apelación. En lo que importa a esta queja, a fs. 120/126 obra la apelación y expresión de agravios del demandado.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso de apelación de la accionante (fs. 136/137 vuelta) y ordenó “...al Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, en ejercicio de su competencia, adopte los recaudos necesarios con el fin de que se le otorgue a la actora el subsidio previsto en el programa habitacional vigente o bien la provisión de los fondos suficientes —debidamente acreditados en cuanto a su necesidad y alcances— para cubrir la totalidad del canon locativo” (fs. 137/137 vuelta). El recurso de apelación del GCBA, en cambio, fue rechazado.

Los magistrados sustentaron normativamente su decisión en los arts. 15 de la ley 2145, 19 de la C.N. y 10 y 31 de la Constitución local. También ponderaron lo dispuesto en los arts. 2, 7 y 8 de la ley 4036. Los jueces señalaron que se encontraban reunidos “(...) los extremos necesarios para tener, en principio, por comprobada la situación de ‘vulnerabilidad social’ de la peticionaria”. Asimismo, entendieron que el peligro en la demora resultaba “(...) palmario con solo tener en consideración que la actora es una mujer sola, (...) a cargo de su hija menor de edad, que no se encuentra inserta en el mercado laboral formal, y que en caso de no recibir asistencia gubernamental se encontraría, *prima facie*, desamparada” (fs.137).

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 143/156). Allí expresó que la sentencia de la Cámara era equiparable a definitiva “(...) toda vez que *las sumas abonadas de más nunca serán recuperadas* por el Gobierno de la Ciudad” (fs. 144, subrayado y destacado en el original). Adujo, también, que el fallo lesionó el principio de legalidad y la división de poderes. Afirmó que la amparista ya había sido incluida en un programa de asistencia habitacional, recibiendo la suma máxima otorgada por el dec. 690/06, por lo que el programa asistencial estaba agotado. Por lo demás, manifestó que de confirmarse el pronunciamiento recurrido, “(...) se alterará el presupuesto aprobado por la Legislatura, y se deberá ‘destinar una suma de dinero extra’ para una finalidad que no ha sido presupuestada, alterando el delicado equilibrio que supone la presupuestación de sumas de dinero para los cometidos fijados a tal efecto por la Ciudad y aprobada por la Legislatura” (fs. 154 y vuelta, resaltado en el original).

La Sala II—previo traslado que fue contestado por la actora según surge del punto 2.1 de la decisión obrante a fs. 3/4 vuelta— declaró inadmisibile el recurso del demandado. Los vocales explicaron que el fallo atacado no era definitivo y que el recurrente no había acreditado que lo resuelto le causara agravios irreparables. Por otra parte, los camaristas apuntaron que la calificación de arbitrariedad del pronunciamiento recurrido no suplía la ausencia del requisito de sentencia definitiva y que tampoco se configuraba un supuesto de gravedad institucional.

4. Contra la denegatoria, el GCBA dedujo recurso de queja (fs. 19/26 vuelta).

5. Al requerirse su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar solicitó su rechazo y, en su caso, que se denegara el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA (fs. 168/194). Por su parte, el Sr. Fiscal General Adjunto también propició que se desestimara el recurso de queja (fs. 197/198 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legítima —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que el Gobierno no consigue criticar la resolución que no concedió su recurso de inconstitucionalidad.

2. Al declarar inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad de la Ciudad, los jueces señalaron:

- i)* que el pronunciamiento impugnado —por el que se había concedido la tutela cautelar solicitada por la amparista— no era definitivo, y el recurrente no había demostrado la existencia de un gravamen irreparable que permitiera equipararlo a tal; y
- ii)* que no se podía tener por configurada la causal de gravedad institucional.

3. El quejoso no dedica una sola línea a intentar rebatir el primer fundamento desarrollado por los camaristas en el auto denegatorio, a saber, la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable. Esa omisión sella la suerte adversa del recurso directo en examen.

Por lo demás, el Gobierno en su presentación de fs. 19/26 alude, en todo momento, a una decisión que habría admitido la acción de amparo, cuando no ha sido esa la resolución atacada, sino aquella que concedió la medida cautelar a la accionante.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja del GCBA. Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios —tal como han sido planteados—, no critican concreta y fundadamente las razones dadas por la Cámara al decidir el rechazo del recurso. La Sala sostuvo, y no fue objeto de réplica por el GCBA, que el pronunciamiento impugnado no cumplía con el requisito establecido por el art. 27 de la ley 402 en tanto no se trataba de una sentencia definitiva y el recurrente no había acreditado que fuera equiparable a una de estas características.

La ausencia de una crítica concreta de las razones que fundan la denegatoria hace que la queja carezca de la fundamentación exigible a ese tipo de recurso.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 19/26.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja no podrá prosperar, toda vez que los agravios expresados por el GCBA no logran rebatir adecuadamente los motivos que tuvo en cuenta la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del argumento central de la resolución de la Cámara que deniega el recurso, que es, en el caso en estudio, que la sentencia impugnada carece de la condición de ser definitiva o equiparable a tal. En este sentido, el interesado no ha logrado demostrar que la decisión objetada mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí sostiene, reúna la condición de definitiva con relación a una cuestión constitucional como lo exige el art. 27, ley 402.

Esta sola circunstancia resulta suficiente para determinar que la queja interpuesta debe ser rechazada. En consecuencia, y sin que ello implique pronunciarme acerca de la pertinencia de la medida cautelar dispuesta por la Sala, sino tan solo por la procedencia del recurso de hecho intentado por el GCBA, considero que la queja debe ser rechazada.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde rechazar la queja deducida a fs. 19/26 porque el GCBA no rebata la razón por la cual lo Cámara denegó su recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de sentencia definitiva. [conf. la doctrina de mi voto *in re* “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio Cesar c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 5872/08, sentencia del 27/8/2008]; y no da razones para equipararla a una de esa especie.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como destaca la señora jueza de trámite, mi colega Alicia E. C. Ruiz, la presente queja debe ser rechazada.

2. Si bien ya he tenido oportunidad de expresar que, en mi opinión, la sentencia que decide sobre una *medida cautelar* en el marco de una acción de amparo regida por la ley local 2145 resulta definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador de la Ciudad [v. mi voto en minoría *in re*: “Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 5872/08, resolución del 27/8/2008], el recurso de hecho no puede tener favorable acogida en tanto la demandada no ha logrado delinear un genuino caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

3. En efecto, los genéricos argumentos esgrimidos por el GCBA con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no se hacen cargo de mostrar fundadamente que la decisión resistida, que ordenó al GCBA que adopte los recaudos necesarios con el fin de que se le otorgue a la actora el subsidio previsto en el programa habitacional vigente o bien la provisión de los fondos suficientes —debidamente acreditados en cuanto a su necesidad y alcances— para cubrir la totalidad del canon locativo, resulte palmariamente insostenible, en virtud de la especial situación del accionante que se tuvo en cuenta al momento de resolver.

En consecuencia, más allá del acierto o error de lo decidido, no se ha logrado demostrar que el pronunciamiento resistido constituya un desacierto de gravedad extrema

a causa del cual no pueda adquirir validez jurisdiccional. Antes bien, el recurrente pretende que este Estrado sustituya a los jueces de la causa en la valoración de las distintas constancias obrantes en el expediente vinculadas al estado de vulnerabilidad social de la actora, a partir de su discrepancia con los fundamentos que dan andamio a la medida precautoria requerida.

Resulta oportuno recordar, entonces, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es estricta en su aplicación, pues solo tiende a cubrir casos de carácter excepcional. No tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino tiende a cubrir supuestos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos*, 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local). Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re*: “Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad”, expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282 y ss., entre otros].

4. Por su parte, si bien el GCBA alega que el apuntado decisorio conculca su derecho de propiedad, como así también el principio de división de poderes, luego no logra demostrar concretamente por qué motivo la medida provisional ordenada efectivamente ocasiona una lesión a tales derechos y principios; más aún cuando la recurrente pareciera referir a circunstancias ajenas a las debatidas en el *sub judice*, como acertadamente señala mi colega preopinante.

5. Finalmente, la invocación de la doctrina del tribunal cimero sobre “gravedad institucional”, consolidada a partir de la causa “Jorge Antonio” (*Fallos*, 248:189), sentencia del 28/10/1960, tampoco puede prosperar, toda vez que no se ha desarrollado —ni menos aún demostrado— de qué manera la decisión recaída en este caso puntual incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

6. Sin perjuicio de la solución a la que se arriba en esta instancia procesal y a raíz de las peculiaridades del presente caso, no resulta ocioso recordar que las consecuencias de un apartamiento de los topes previstos para los subsidios habitacionales objeto de autos han sido examinadas por este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, resolución del 12/5/2010; y más recientemente “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963, sentencia del 14 de agosto del corriente año, consideraciones que deberán ser ponderadas al momento del dictado del pronunciamiento definitivo.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,
el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXCII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN P.M.C. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)²⁰⁰

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Subsidio estatal. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 9948/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

I. P.M.C, por derecho propio, promueve acción de amparo (fs. 64/124) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le brinde "...una solución que permita a [su] grupo familiar acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose la integridad familiar habitacional". Tras relatar situaciones de su historia personal expuso que "... quedé sola con [su] hija, desempleada y sin familiares que [la] pudieran ayudar (...)." (fs. 64/64 vuelta).

La sentencia de primera instancia —en lo que aquí corresponde destacar— hace lugar a la acción entablada y ordena al GCBA que "...mientras subsista la situación actual de la amparista y de su hija, les preste adecuada asistencia habitacional y alimentaria, ya sea mediante la continuación de las prestaciones otorgadas o bien incorporándolas a cualquier plan que resguarde los fines habitacionales y alimentarios perseguidos en este proceso, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad" (fs. 22/22 vuelta).

²⁰⁰ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 21/3/2014 en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 9205/12, en este tomo, p. 3696.

2. Disconforme con lo decidido, el GCBA apela y expresa sus agravios (fs. 34/37).

La Sala II de la Cámara de apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechaza el recurso deducido por el GCBA confirmando la resolución adoptada en primera instancia (fs. 17/19).

Los magistrados sustentan normativamente su decisión en el art. 75 inc. 19 de la C.N., en los arts. 17, 18 y 31 de la Constitución local y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aplicables. Ponderan lo dispuesto por los arts. 2º, 6º y 7º de la ley 4036, y consideran que "...de este contexto surge que la demandante no se encuentra inserta en el mercado formal de trabajo, y que no cuenta con recursos suficientes para solventar los gastos derivados del alojamiento, lo que conduce a confirmar el pronunciamiento dictado en la instancia de grado" (fs. 18 vuelta) en atención al informe social elaborado por la parte demandada.

3. El GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/15 vuelta). Manifiesta que la sentencia "...resulta a todas luces arbitraria, dado que la Administración se ve perjudicada en tanto, al no fijarse cifras exactas en el monto del subsidio a ser abonado por la Administración ni un plazo determinado para ello, (...) mi parte se encuentra imposibilitada de realizar las previsiones presupuestarias para el tema habitacional de acuerdo a la normativa vigente, convirtiéndose ello en un verdadero caos jurídico y contrario a todo orden institucional, con evidente perjuicio a los derechos de los demás habitantes de la ciudad" (fs. 7 vuelta).

Sostiene también que el fallo lesiona su derecho de defensa, de propiedad, el principio de legalidad y la división de poderes.

La Cámara —previo traslado que fue contestado por la actora a fs. 48/61— declara inadmisibile el recurso interpuesto por el GCBA (fs. 2/3 vuelta).

Señala que la sentencia atacada se circunscribe a la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales —la ley 4036 y el dec. 690/GCBA/06—. Afirma que el recurso del GCBA solo refleja discrepancias respecto de la manera en que se había valorado la prueba y la realidad judicial verificada, y que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional. Entiende que la sentencia denegatoria estaba debidamente fundada y se ajusta a derecho.

4. El GCBA se alza en queja por ante el Tribunal (fs. 24/30). El recurrente se agravia señalando que "...en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas..." —con cita de las causas "Mantovano" Expte. 3098/04, "Pons" Expte. 3236/0 y "Panza" Expte. 4270/05 (fs. 24 vuelta y fs. 28)—. Destaca puntualmente que su parte en modo alguno había omitido prestar asistencia habitacional de conformidad con lo establecido por la normativa vigente, y que el amparo no resultaba ser la vía para cuestionar la forma en que las autoridades de aplicación ejecutaban los programas bajo análisis.

Afirma también que la Cámara de Apelaciones dictó una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14 de la CCABA) en tanto omitió ponderar que la prestación había sido cumplida en su totalidad, tornando la cuestión planteada en abstracta por ausencia de un acto lesivo.

Insiste en que se condenó al GCBA afectando su garantía del debido proceso y del derecho de defensa en juicio. Tacha de arbitrario el pronunciamiento atacado y reitera lo expuesto en su recurso de inconstitucionalidad en cuanto a que el caso, tal como ha ido resuelto, denota gravedad institucional.

5. Al requerirse su dictamen, la Sra. Asesora General Tutelar solicita el rechazo de la queja impetrada por la demandada y, en su caso, que se deniegue el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA (fs. 149/166 vuelta). Por su parte, el Sr. Fiscal General también propicia que se rechace el recurso de queja articulado por el GCBA "...porque no contiene una crítica concreta y pormenorizada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad" (fs. 168/170 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La queja deducida por el GCBA fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33 de la ley 402.

2. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i*) inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantizara su derecho a una vivienda digna; *ii*) que es una persona con discapacidad (conf. fs. 433 de las actuaciones principales) que le impide superar la *situación de vulnerabilidad* en la que se encuentra y que está en situación de calle (conf. la ley 3706). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

3. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó en los términos ya reseñados en el punto 2 de los "Resulta" la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)", exp- te. n° 9205/12, sentencia del 21/3/2014.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 432/434 de las actuaciones principales; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

Los agravios expuestos, tal como han sido planteados, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que —sustancialmente y en lo que aquí corresponde relevar—: *a*) invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b*) invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c*) hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco atacan en su anclaje constitucional, y *d*) no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

En consecuencia, entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta puramente genérica, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Las circunstancias supra indicadas resultan suficientes para decidir que la queja del GCBA no puede prosperar, toda vez que los agravios trasuntan meras discrepancias con lo resuelto.

Debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 24/30.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja de fs. 24/30 fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar, porque no contiene una crítica suficiente de la resolución interlocutoria que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener.

2. Para denegar el acceso del quejoso a esta instancia, los jueces *a quo* sostuvieron que: *i)* las cuestiones debatidas en la sentencia de fondo habían quedado “circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y las normas que las rigen (...) todas ellas de carácter infraconstitucional” (fs. 2 vuelta), *ii)* las garantías y principios constitucionales invocados por el recurrente no guardaban “relación directa e inmediata con lo decidido” (fs. 2 vuelta), *iii)* “[l]a demandada, sin embargo, no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincularlas con las circunstancias de la causa” (fs. 3). En relación con la arbitrariedad que el GCBA atribuyó a la decisión que impugna, los magistrados de la Sala II recordaron la jurisprudencia del Tribunal, según la cual “más allá del acierto o error de una decisión judicial, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho infraconstitucional no significa que la sentenciada devenga infundada” (fs. 3).

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles su recurso de inconstitucionalidad. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala II. Las aisladas referencias a principios constitucionales que el quejoso efectúa, por su parte, carecen de toda articulación con el auto denegatorio.

Como lo expliqué en numerosos precedentes, “es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad” (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 09/4/2001). El incumplimiento de este requisito, sella la suerte adversa de la presentación.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja intentada por el GCBA. Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 17/19 y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a su situación de discapacidad.

3°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal el 21/3/2014 en los autos “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9205/12.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXCIII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BALDUVINO, CARLOS ALBERTO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Poderes del Estado: funciones. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio estatal. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Adultos mayores. Alojamiento. División de poderes. Exceso de jurisdicción.

Expte. SACAyT n° 10.057/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA interpuso queja ante este Estrado (fs. 54/60) con el objeto de mantener el recurso de inconstitucionalidad deducido contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 994/996 vuelta de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo

sucesivo se mencione, excepto indicación expresa) que confirmó la sentencia de grado (fs. 705/708), que había resuelto hacer lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenar al GCBA que "...continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que a los amparistas se les otorgue una vivienda o los fondos suficientes para acceder a la misma y a fin de que el Sr. Balduvino cuente en tiempo oportuno con la medicación necesaria y los alimentos para atender a sus necesidades de salud..." (fs. 708).

2. Para resolver de ese modo, los jueces de la causa tuvieron en consideración la situación de hecho del actor (hombre de 67 años, que padece diabetes) a la luz de lo establecido en Pactos Internacionales, en la Constitución Nacional y local (arts. 31 y 20), además de las previsiones normativas en materia de vivienda, en especial el art. 18 de la ley 4036, que regula, de modo particular, la situación de los adultos mayores.

3. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad que se intenta sostener en esta instancia (fs. 1000/1010). Allí centró sus agravios en que el decisorio impugnado violaba la garantía del debido proceso legal adjetivo, los derechos de defensa y de propiedad y los principios de legalidad y de división de poderes. En particular, en tanto la sentencia se apartaba, sin dar razones, de lo ordenado por el Tribunal en la resolución del 4/10/2010 donde se ordenó reenviar la causa a la Cámara para que se dictara una nueva sentencia con el alcance señalado en la causa "Alba Quintana", como así también la normativa aplicable en materia de subsidios habitacionales, según la cual tanto los plazos como los montos establecidos son constitucionales. Sostuvo que la sentencia había efectuado una equivocada inteligencia y aplicación de las normas constitucionales relacionadas con lo decidido (art. 31 CCABA, art. 14 bis C.N.), que era arbitraria y que la cuestión revestía gravedad institucional.

4. La Cámara denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que la recurrente no había logrado plantear una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCABA, en tanto la invocación de las garantías y principios constitucionales había sido realizada de modo genérico, sin conectarlas razonadamente con el contenido del decisorio impugnado (fs. 1034/1035 vuelta).

5. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General Adjunto opinó que correspondía rechazar al recurso de queja (fs 203/206 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en cuanto al alcance de la condena confirmada por el *a quo*.

2. La Sala II —frente al reenvío de la causa que dispuso este Tribunal a fin de que "los mismos jueces que entendieron en ella se expid[er]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— resolvió, el 22/3/2013, rechazar el recurso de apelación que el GCBA había interpuesto contra la sentencia de primera instancia que lo había condenado a que "...continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que a los amparistas se les otorgue una vivienda o los fondos suficientes para acceder a la misma y a fin de que el Sr. Balduvino cuente en tiempo oportuno con la medicación necesaria y los alimentos para atender a sus necesidades de salud..." (conf. fs. 708 del expediente principal).

3. No debe perderse de vista, en tanto ello resulta relevante para efectuar el análisis de la sentencia de la Cámara, que, después de dictado el fallo de este Tribunal mencionado anteriormente, la legislación en materia de vivienda se ha visto modificada. En consecuencia, no es posible soslayar la aplicación de las disposiciones ahora vigentes, que modifican la situación con relación a lo ordenado previamente por el TSJ, en tanto sabido es que “en los juicios de amparo, debe atenderse a la situación existente en el momento en que se dicta la sentencia” (conf. CSJN, *Fallos*, 247:466; 249:553; 250:345; 269:31; entre otros).

4. Dentro de este contexto, la Cámara analizó las previsiones de la ley 4036 y, en orden a las normas constitucionales que reglamenta, concluyó que resultaba aplicable el art. 18 de la ley, en tanto el actor —un hombre de 67 años que padece diabetes tipo I, rinoplastia diabética, neuropatía diabética sensitiva, HTA, dislipidemia, dolores osteoarticulares y complicaciones microvasculares (conf. fs. 995 vuelta/996 del expediente principal)— estaba en situación de vulnerabilidad social (conf. fs. 996 vuelta del expediente principal); razón por la cual, a juicio del *a quo*, debía continuar adoptando las medidas necesarias a fin de que al amparista se le otorgue una vivienda o los fondos suficientes para acceder a la misma y a fin de que el Sr. Balduvino cuente en tiempo oportuno con la medicación necesaria y los alimentos para atender a sus necesidades de salud.

Frente a ello, lo cierto es que el GCBA no muestra que la Cámara, con la decisión transcrita, no hubiera venido a reponer la situación de prioridad en que entendió está el actor (conf. el art. 31 de la CCABA). En otras palabras, no se observa la arbitrariedad en que el GCBA afirma habría incurrido la Cámara.

5. No obstante, y de acuerdo con lo que he sostenido en varios precedentes (conf. “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. n° 9903/13, entre otros), asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a que “...otorgue una vivienda o los fondos suficientes para acceder a la misma...” sin que, previamente, dijera cómo se va a atender el derecho del amparista.

Es por ello que corresponde otorgar al recurrente la facultad de efectuar una propuesta para atender los derechos que la condena reconoce a la parte actora, teniendo en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones.

En este sentido, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs 994/996 vuelta del expediente principal y condenar al GCBA a brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia, a cuyo fin deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Sala II —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 6/7/2011— resolvió confirmar la sentencia de grado (conf. fs. 994/996vuelta). Esa última decisión había resuelto: hacer lugar al amparo “...ordenando a la Administración que continúe adoptando las medidas necesarias a fin de que a los amparistas se le otorgue una vivienda o los fondos suficientes para acceder a la misma y a fin de que el Sr. Balduvino cuen-

te en tiempo oportuno con la medicación necesaria y los alimentos para atender a sus necesidades de salud lo cual deberá ser mantenido mientras el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad socio-económico ha cesado” (conf. fs. 708 de los autos principales).

2. El GCBA viene discutiendo únicamente la condena a otorgar a la parte actora una vivienda o los fondos suficientes para acceder a ella.

3. En ese marco, no muestra el exceso jurisdiccional en que sostiene incurrió la Cámara al resolver en el modo en que lo hizo, es decir, con apoyo en la normativa vigente al tiempo de la emisión de la sentencia (conf. la ley 4036).

Conforme lo tengo dicho conjuntamente con la Dra. Conde, las decisiones en esta especie de procesos no causan estado —conf., entre otros, nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10.229/13, sentencia del 30/4/2014.

Dicho de un modo sintético, las razones por las que esas decisiones no causan estado, tal como lo he señalado en diversas oportunidades (a las que me remito²⁰¹), son, por un lado, porque apuntan, centralmente, a regir situaciones futuras; circunstancia que lleva a que deban ser revisadas cuando ocurre una modificación en las normas o en los hechos en que encontraron apoyo; y, por el otro, porque constituyen el ejercicio excepcional de una función que se mantiene como propia de la Administración, razón por la cual la Administración siempre está en condiciones de recuperar su ejercicio. Ahora, para que se justifique una medida judicial de esta especie es menester, como principio, que la Administración haya omitido ejercerlas, y el juez haya establecido que la omisión es ilegítima, haber agotado los mecanismos que el ordenamiento le brinda para compeler el cumplimiento y encontrar que el orden jurídico lo inviste de la potestad de disponer excepcionalmente medidas de esta especie para sustituir a una administración reticente.

4. Asimismo, sostiene que la Cámara obró de modo arbitrario al concluir que el actor, el Sr. Balduvino, y su mujer, están en situación de vulnerabilidad; pero no se ha hecho cargo de las razones que le dio la Cámara para concluir ello. En particular, la Cámara destacó que “[e]n el informe médico legista acompañado el 6.07.2007 (conf. fs. 358/365 de los autos principales), surge que el actor Carlos Alberto Balduvino presente Diabetes tipo I, insulino-requiere, con mal control metabólico e hipertensión arterial (medicado con enalapril) y que por tales dolencias requiere de tratamiento con insulina con dosis de acuerdo a evolución y control de laboratorio, dieta adecuada para diabéticos y medicación correspondiente a las probables intercorrientes, dieta adecuada para diabéticos y asimismo, tratamiento con Atenolol, Enalapril y Aspirina, de administración, en dosis acordes al control. Por su parte, a fs. 875/877 la parte actora denunció el agravamiento de su enfermedad, acompañando informe médico (confr. fs. 875), en donde consta que es un ‘Paciente de 64 años de edad, diabético tipo 1 de más de 20 años de evolución Presenta complicaciones microvasculares asociados a la enfermedad

²⁰¹ Conf. Mi disertación en el II Encuentro Patagónico con Maestros del Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la Localidad de Lago Puelo los días 7, 8 y 9/3/2013. Actividad organizada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut conjuntamente con el Centro Patagónico de Estudio e Investigación de Derecho Procesal, el Colegio Público de Abogados de Esquel y el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, y el punto 4 de mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA s/amparo”, expte. n° 8772/12, sentencia del 26/12/2013.

de base: - Retinopatía diabética tratada con láser. - Neuropatía diabética sensitiva. Además presenta HTA y dislipidemia, dolores osteoarticulares...”. En cuanto a su situación habitacional, la Cámara señaló que el amparista “...denunció que el 25.04.2011 fue desalojado del hotel donde habitaba junto con su esposa, por la fuerza pública, siendo despojado de sus pertenencias y que se le retiró compulsivamente la tarjeta extendida para el cobro del subsidio que se le había otorgado en conformidad con la sentencia recaída en autos. Agregó que el desalojo se produjo con motivo de los retrasos en los que había incurrido en el pago del canon locativo, debido a los reiterados incumplimientos de la demandada, por depositar extemporáneamente la suma correspondiente al subsidio habitacional, lo cual hizo que se viera expuesto junto con su esposa, nuevamente a una situación de calle” (conf. fs. 996 de los autos principales).

El GCBA no se ha hecho cargo de esos extremos.

5. En ese marco —en el que no viene discutido ni la interpretación de la ley 4036 que hizo el *a quo* ni que el actor es una persona mayor de 60 años, vulnerable, y en situación de calle— el GCBA no muestra que la ley 4036 no dé suficiente sustento a la sentencia de Cámara en cuanto le reconoce a la parte actora el derecho a un alojamiento (conf. el art. 18 de la ley 4036).

6. Empero, sí prosperan los planteos que el GCBA dirigió a cuestionar el alcance de la condena impuesta. En efecto, al igual que *in re* “X. F. E., T.” y “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” resolución del 4/6/2014, entiendo que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que dijera cómo se va atender el derecho que le asiste al accionante.

Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda del aquí actor (conf. el art. 18 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones. Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar a la queja; revocar la sentencia de Cámara de fs. 994/996 vuelta de los autos principales; y, condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique la jueza de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Comparto —en lo sustancial— los desarrollos contenidos en los votos de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano y, en consecuencia, a ellos remito en homenaje a la brevedad.

Por lo expuesto, suscribo también la solución que propician mis aludidos colegas. Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: a) invocan genéricamente una garantía

constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan genéricamente la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo resuelto, así como tampoco por qué lo decidido tiene gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, debe destacarse que la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada resulta genérica e imprecisa, en la medida que no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal *a quo* arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 54/60 vuelta. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitu-

cionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 994/996 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique la jueza de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXCIV - FUENTES, ELIDA CRISTINA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN FUENTES, ELIDA CRISTINA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Derecho a la vivienda digna.

Expte. SACAyT n° 9783/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La parte actora dedujo recurso de queja (fs. 1/15 vuelta) contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que declaró inadmisibile, por entender que no involucraba una cuestión constitucional (fs. 407/408 vuelta de los autos principales), el recurso de inconstitucionalidad por ella deducido contra la sentencia que había resuelto "...admitir los recursos planteados y hacer lugar a la acción planteada. En consecuencia, ordenar al GCBA se le provea al grupo familiar de la actora un alojamiento adecuado, mediante los programas gubernamentales que resguarden los fines habitacionales sea mediante el dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08, o el que lo reemplace en el futuro, hasta que la parte actora supere la situación de emergencia habitacional, contando para ello con la orientación del GCBA en la búsqueda de estrategias para la obtención de una solución definitiva" (fs. 360 vuelta de los autos principales).

2. Para resolver de ese modo, la Cámara se apoyó en la afirmación según la cual “...[la ley 3706] ha desplazado el contenido mínimo del cumplimiento a los deberes estatales de protección en materia de vivienda digna...”, en cuyo contexto sostuvo que “...[s]e mantienen los contenidos referidos a la actividad judicial en la materia, esto es, la tarea de reponer, de ser necesario, el régimen de prioridades de la Constitución, pero desplaza el ‘piso’ de cumplimiento estatal [...y que, p]or lo tanto, cabe entender que según la ley de mención, la situación de calle, como queda definida, constituye una zona de igualdad frente a la cual solo cabe asistir al carenciado...” (fs. 359 vuelta/360 de los autos principales).

3. La actora se agravió de la sentencia porque, en su opinión, “...prescindió de ordenar que las prestaciones fueran efectivizadas mediante el pago de una suma de dinero, que ... permita hacer frente en forma íntegra, al coste de una vivienda adecuada, tal como fuera solicitado en el escrito de inicio” (fs. 365 de los autos principales).

Según la recurrente, la sentencia “...viola [su] derecho a una tutela judicial efectiva, y los principios de razonabilidad y supremacía constitucional” (fs. 365 vuelta de los autos principales), al comprometer, según lo considera, sus derechos a una vivienda digna, a la salud, y a la igualdad y, consecuentemente, la seguridad jurídica y la garantía de defensa en juicio (arts. 14 bis, 17, 18, 28, 33 y 48 C.N. y arts. 16, 17, 18 y 31 CCABA). Invocó, asimismo, en apoyo de su pretensión, el pronunciamiento de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (*Fallos*, 335:452), el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. IX de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

4. El Fiscal General Adjunto opinó que corresponde rechazar la queja de la recurrente con fundamento en que “...[si bien] la actora ha sostenido que se han incumplido los deberes estatales en la medida en que el monto del subsidio no resulta suficiente para abonar, en forma íntegra, el valor de un alojamiento [...], esa obligación por parte del Estado, dista de la contenida en las normas infraconstitucionales que regulan lo que las de orden nacional y supranacional establecen y que, como se viera, obligan a adoptar medidas, más no proveer necesariamente, en forma inmediata, a la satisfacción del derecho en cuestión, y mucho menos del modo en que aquí se lo pretende” (fs. 140 vuelta de la queja).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La sentencia que viene cuestionada dispuso “...admitir los recursos planteados y hacer lugar a la acción planteada. En consecuencia, ordenar al GCBA se le prove[er]a al grupo familiar de la actora un alojamiento adecuado, mediante los programas gubernamentales que resguarden los fines habitacionales sea mediante el dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08, o el que lo reemplace en el futuro, hasta que la parte actora supere la situación de emergencia habitacional, contando para ello con la orientación del GCBA en la búsqueda de estrategias para la obtención de una solución definitiva” (fs. 360 vuelta de los autos principales).

En tales condiciones, aunque la recurrente afirma que la *a quo* “...prescindió de ordenar que las prestaciones sean efectivizadas mediante el pago de una suma de dinero, que nos permita hacer frente en forma íntegra, al coste de una vivienda adecuada,

tal como fuera solicitado en el escrito de inicio” (fs. 365 de los autos principales), no muestra un gravamen actual, en tanto la parte recurrente no explica cómo la interpretación de la sentencia por ella propuesta sería la de los jueces a cargo de la ejecución, habida cuenta lo que literalmente dispusieron los jueces de mérito.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja deducida por la parte actora ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402—, sin embargo no puede prosperar.

2. En efecto, la lectura del recurso de inconstitucionalidad y de la queja que lo sostiene ante este Estrado permite advertir que las manifestaciones allí esgrimidas —relativas a que la sentencia de la Sala II prescindió de ordenar “que las prestaciones sean efectivizadas mediante la entrega de una suma de dinero que nos permita hacer frente en forma íntegra a una vivienda a valores de mercado”— trasuntan únicamente su discrepancia con la solución brindada por los jueces de mérito y el alcance de la pretensión mas no poseen entidad para poner en crisis, concreta y razonadamente, los distintos fundamentos brindados por el *a quo* para desestimar los planteos de la Sra. Elida Cristina Fuentes.

3. En particular, la decisión que se pretende poner en crisis —que admitió los recursos de apelación planteados e hizo lugar a la acción de amparo, ordenando al GCBA la provisión de “un alojamiento adecuado, mediante los programas gubernamentales que resguarden los fines habitacionales sea mediante el dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08, o el que lo reemplace en el futuro, hasta que la parte actora supere la situación de emergencia habitacional”— se apoyó en la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a la situación del grupo familiar accionante y en la interpretación de las normas vigentes al momento en que fue emitida, materia acerca de la cual los jueces de mérito tienen, en principio, competencia privativa, y, por su parte, la interesada no ha rebatido esas conclusiones a fin de demostrar un desacierto de gravedad extrema en virtud del cual el decisorio no pueda adquirir validez jurisdiccional.

Por otra parte, es de destacar que no hay planteo alguno de inconstitucionalidad traído ante estos Estrados; y tampoco se ha acreditado haber mantenido oportunamente aquellos introducidos en el escrito de inicio —referidos al art. 5° del dec. 960/08 y del art. 5° de la reglamentación aprobada por la resolución 1554/08 del MDS—, a fin de alegar y demostrar que el *a quo* hubiese incurrido en una omisión de tratamiento de los mismos.

Así, se constata que ninguna de las referencias genéricas a los preceptos constitucionales que se dicen vulnerados resulta idónea para rebatir los desarrollos contenidos en la sentencia recurrida. Es oportuno recordar aquí que para acreditar la existencia de un caso constitucional no basta la mera referencia ritual de derechos y garantías constitucionales, ni sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia de la Cámara, sino que resulta imprescindible hacerse cargo de rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyó el decisorio para arribar a las conclusiones que agravan al impugnante (véase para el recurso extraordinario federal doctrina de *Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local). Así entonces, forzoso es concluir que en autos no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402.

4. A mayor abundamiento, corresponde señalar que este Tribunal ha afirmado *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de in-

constitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., que la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas. Por otra parte, la cuestión relativa a la constitucionalidad de los montos previstos en los programas habitacionales, ha sido recientemente ratificada por este Tribunal —en sintonía con el mentado precedente “Alba Quintana”— *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

Por los motivos expuestos, corresponde rechazar la queja obrante a fs. 1/15 vuelta. Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja de la actora ha sido deducida en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo no puede prosperar. Tal como lo señalan mis colegas los Dres. Luis F. Lozano y José O. Casás en sus votos, las manifestaciones vertidas por la accionante trasuntan meras discrepancias con lo resuelto cuando no alcanza a exponer claramente de qué manera lo decidido por los jueces de la causa le genera agravio. Tampoco las referencias genéricamente invocadas sobre los preceptos constitucionales que advierte conculcados resultan suficientes para acreditar ante el Tribunal un genuino caso constitucional.

En virtud de lo expuesto y en concordancia con lo opinado por la Fiscalía General, corresponde rechazar la queja de fs. 1/15.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Comparto los fundamentos desarrollados por el Dr. José O. Casás en su voto y adhiero a la solución que allí propone.

2. Corresponde señalar que la queja padece de un defecto genérico: no logra conectar el agravio concreto que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso.

Ello es así puesto que en ninguna de sus presentaciones la amparista logró vincular los principios constitucionales que dice afectados con las razones dadas por la Cámara para fundar su sentencia. En efecto, los jueces del Tribunal *a quo* hicieron lugar al recurso de apelación de la actora y condenaron al GCBA a que le proveyera a la recurrente —una mujer con un hijo menor a su cargo—, un alojamiento adecuado, mediante los programas gubernamentales que resguarden los fines habitacionales sea mediante el dec. 690/06 y sus modificatorios, o el que lo reemplace en el futuro. En ese contexto, se limitó a reponer las prioridades fijadas por el Legislador con arreglo a la doctrina sentada por este Tribunal *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010 —recordada recientemente en mi voto conjunto con el Dr. Luis F. Lozano *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

3. Por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto las disposiciones puestas en juego para fundar la sentencia —especialmente la ley 4036 (Ley para la Protección Integral de los Derechos Sociales)—

constituyen aplicación e interpretación de reglas infraconstitucionales, materia que en principio no se encuentra comprendida por el recurso interpuesto.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar el recurso de queja de fs. 1/15 vuelta.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener. Este, sin embargo, no puede prosperar.

2. La Sala II de la Cámara del fuero hizo lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Elida Cristina Fuentes, y resolvió "...ordenar al GCBA se le provea al grupo familiar de la actora *un alojamiento adecuado*, mediante los programas gubernamentales que resguarden los fines habitacionales sea mediante el dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08, o el que lo reemplace en el futuro, *hasta que la parte actora supere la situación de emergencia habitacional...*" (fs. 360 vuelta de los autos principales, el destacado es propio). Así, los jueces *a quo* tutelaron el carácter adecuado del alojamiento con el que deberá satisfacerse el derecho a la vivienda y resguardaron la continuación en el tiempo de la prestación objeto de condena.

Más allá del acierto o error que pueda atribuirse al modo en que la Cámara fundó su decisión, lo cierto es que esta se adecúa al alcance que corresponde acordar al derecho de acceso a una vivienda adecuada, para el que no cabe fijar otro límite que el que surge de su satisfacción total, hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta es la opinión que manifesté ya en precedentes como "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", de agosto de 2006; la que mantuve en *leading cases* como "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", de mayo de 2010 y "Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", de julio de 2010, y que mantengo en decisiones recientes como "X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

La concordancia de la sentencia de segunda instancia con la interpretación amplia del derecho involucrado que siempre he propiciado, me lleva a confirmarla.

3. Por las razones expuestas, voto por hacer lugar al recurso de queja interpuesto por la Sra. Elida Cristina Fuentes, y rechazar su recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Elida Cristina Fuentes.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXCV - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ROJAS, LARA NANCY AURORA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Poderes del Estado: funciones. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio estatal. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Adultos mayores. Alojamiento. División de poderes. Exceso de jurisdicción.

Expte. SACAyT n° 10.107/13 - 3/11/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 12/7/2010, el Tribunal dictó sentencia en los autos caratulados “Rojas Lara, Nancy Aurora c/GCBA y otros s/amparo (Art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6899/09 disponiendo —por mayoría— reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los jueces que habían pronunciado la decisión impugnada se expidieran nuevamente con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (fs. 208/210 de los autos principales, a cuya foliatura se hará referencia en lo sucesivo, salvo indicación en contrario).

Reenviadas las actuaciones, la Sala II (fs. 376/378 vuelta) rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) y confirmó el pronunciamiento de grado (fs. 81/86) en cuanto ordenó garantizar “...en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna (...) hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron [la] (...) asistencia” (fs. 86).

Los jueces de la Cámara consideraron las pautas expuestas por el Tribunal Superior a la luz de lo establecido en la ley 4036 y entendieron que la amparista y su hija menor pertenecían al conjunto prioritario, dada la verificación de su estado de necesidad. Para ello, tuvieron en cuenta que la actora: *a)* es una mujer viuda a cargo de su hija menor de edad; *b)* cuenta con una red familiar y/o social de contención que solo puede colaborar con alimento y vestimenta; *c)* se halla excluida del mercado formal de empleo y tiene como único ingreso el desarrollo de actividades informales que resultan insuficientes para solventar la totalidad de las necesidades básicas, especialmente la habitacional —según los informes socio ambientales presentados por el demandado y por la Defensoría General— (conf. fs. 377 vuelta/378).

2. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 382/394). Tachó la sentencia de arbitraria y denunció que resultaba violatoria de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso adjetivo, del derecho de propiedad y del principio republicano de división de poderes. Adujo, también, que lo resuelto por la Cámara revestía gravedad institucional dado que, al otorgar a la actora un subsidio sin tope, y “... en razón de los múltiples requerimientos judiciales que llegan a la Ciudad en el mismo sentido que el presente...”, se “(...) atenta (...) contra la ley de presupuesto, contra los recursos y su distribución...” (fs. 386/386 vuelta).

Centró sus agravios en la interpretación elusiva de la ley, la prescindencia de las constancias de la causa, la contradicción con el precedente “Alba Quintana” y la invasión a la zona de reserva de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

La accionante contestó el traslado del recurso y solicitó su rechazo (fs. 398/414).

3. La Sala II declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad (fs. 430/431). Consideró que el GCBA se había limitado a mencionar en forma genérica las garantías y principios constitucionales que entendía afectados sin vincularlos a la causa y que las cuestiones que habían sido objeto de tratamiento y decisión en la sentencia recurrida se circunscribían a la interpretación de normas infraconstitucionales como la ley 4036 y el dec. 690/GCBA/06 y sus modificatorios.

Los magistrados también descartaron la concurrencia de un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

4. El GCBA planteó la queja que dio origen a estas actuaciones (fs. 14/19 vuelta, de la queja).

En su recurso directo, el demandado resistió la denegatoria y se agravió “...en razón [de] que en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBBA en causas análogas...” (fs. 14/14 vuelta). Afirmó, además, que existe cuestión constitucional por cuanto la Cámara de Apelaciones dictó una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14, CCABA) y lo condenó afectando la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Finalmente, sostuvo que el fallo era arbitrario por exceso de jurisdicción al resolver la apelación con prescindencia de las circunstancias fácticas y probanzas de la causa toda vez que “...la cuestión traída a debate (...) resultaba abstracta” (fs. 15).

5. La Sra. Asesora General Tutelar propició el rechazo de la queja (fs. 112/131 vuelta).

El Sr. Fiscal General, a su turno, opinó que correspondía hacer lugar al recurso de hecho y al de inconstitucionalidad, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 133/137).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Sala II —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— resolvió confirmar la sentencia de grado, “excepto lo dispuesto en el considerando 2° del fallo” (conf. fs. 376/378vuelta). Esa última decisión había resuelto: hacer lugar al amparo y, en lo que ahora importa, ordenar al GCBA que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna de la accionante y de su hija menor, ello hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia” (conf. fs. 86).

2. Hay que comenzar por destacar que los jueces de mérito entendieron que la demanda fue planteada por los actores, la Sra. Lara Nancy Aurora Rojas y su hija menor, como “grupo familiar” y pidieron que se tuviera como representante del grupo a la Sra. Rojas. Es decir, los jueces aceptaron que la parte actora tramitara estas actuaciones como “grupo familiar”, acordándole al mencionado grupo una solución al pro-

blema habitacional denunciado, sin que ello hubiera merecido agravio alguno por parte del GCBA recurrente.

3. Dicho ello, el GCBA recurrente no muestra el exceso jurisdiccional en que sostiene incurrió la Cámara al resolver en el modo en que lo hizo, es decir, con apoyo en la normativa vigente al tiempo de la emisión de la sentencia (conf. la ley 4036).

Conforme lo tengo dicho conjuntamente con la Dra. Conde, las decisiones en esta especie de procesos no causan estado —conf., entre otros, nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

Dicho de un modo sintético, las razones por las que esas decisiones no causan estado, tal como lo he señalado en diversas oportunidades (a las que me remito²⁰²), son, por un lado, porque apuntan, centralmente, a regir situaciones futuras; circunstancia que lleva a que deban ser revisadas cuando ocurre una modificación en las normas o en los hechos en que encontraron apoyo; y, por el otro, porque constituyen el ejercicio excepcional de una función que se mantiene como propia de la Administración, razón por la cual la Administración siempre está en condiciones de recuperar su ejercicio. Ahora, para que se justifique una medida judicial de esta especie es menester, como principio, que la Administración haya omitido ejercerlas, y el juez haya establecido que la omisión es ilegítima, haber agotado los mecanismos que el ordenamiento le brinda para compeler el cumplimiento y encontrar que el orden jurídico lo inviste de la potestad de disponer excepcionalmente medidas de esta especie para sustituir a una administración reticente.

4. El GCBA sostiene, asimismo, que la Cámara obró de modo arbitrario al concluir que el “grupo familiar” actor está en situación de vulnerabilidad; pero no se ha hecho cargo, cualquiera sea su mérito, de las razones que le dio la Cámara para concluir ello. En particular, la Cámara destacó que la Sra. Rojas tenía, en marzo de 2013, 61 años; que carece de trabajo formal; que vive junto con su hija con la que conforma el “grupo familiar” actor en una habitación en un PH ubicado en el barrio de villa Crespo; que carece de un empleo formal; y, que le resulta, por su edad, dificultoso encontrar uno; y, finalmente, que “...cuenta con una red Familiar y/o social de contención, sin embargo los mismos[SIC] pueden colaborar en cuestiones alimentarias y vestimentas” (conf. fs. 377 vuelta).

El GCBA no solo no se hizo cargo de esos extremos, sino que en su recurso se refiere a una situación distinta a la analizada por la Cámara en este expediente. En efecto, en su recurso sostiene que el actor es un hombre, que vive en la Provincia de Buenos Aires y que realiza ventas ambulantes (conf. fs. 388 vuelta). De ahí que no muestra la arbitrariedad que le apunta a la sentencia de Cámara.

5. En ese marco —en el que no viene discutido ni la interpretación de la ley 4036 que hizo el *a quo* ni que los actores hubiera litigado como “grupo familiar” ni, menos aún, que en el grupo familiar actor hay una persona, la Sra. Rojas, que es mayor de 60

²⁰² Conf. Mi disertación en el II Encuentro Patagónico con Maestros del Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la Localidad de Lago Puelo los días 7, 8 y 9/3/2013. Actividad organizada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut conjuntamente con el Centro Patagónico de Estudio e Investigación de Derecho Procesal, el Colegio Público de Abogados de Esquel y el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, y el punto 4 de mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA s/amparo”, expte. n° 8772/12, sentencia del 26/12/2013.

años y está en situación de vulnerabilidad— el GCBA no muestra que la ley 4036 no dé suficiente sustento a la sentencia de Cámara en cuanto le reconoce a la parte actora el derecho a un alojamiento (conf. el art. 18 de la ley 4036).

6. Empero, si prosperan los planteos que el GCBA dirigió a cuestionar el alcance de la condena impuesta. En efecto, al igual que *in re* “X. F. E., T.” y “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” resolución del 4/6/2014, entiendo que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que dijera cómo se va atender el derecho que le asiste a los accionantes.

Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda del aquí actor (conf. el art. 18 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones. Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar a la queja; revocar la sentencia de Cámara de fs. 376/378 vuelta de los autos principales; y, condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en cuanto al alcance de la condena confirmada por el *a quo*.

2. La Sala II —frente al reenvío de la causa que dispuso este Tribunal a fin de que “los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa ‘Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— resolvió, el 22/3/2013, rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia que había condenado al GCBA a que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna al accionante y de su hija menor, ello hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia” (conf. fs. 86 del expediente principal).

3. No debe perderse de vista, en tanto ello resulta relevante para efectuar el análisis de la sentencia de la Cámara, que, después de dictado el fallo de este Tribunal mencionado anteriormente, la legislación en materia de vivienda se ha visto modificada. En consecuencia, no es posible soslayar la aplicación de las disposiciones ahora vigentes, que modifican la situación con relación a lo ordenado previamente por el TSJ, en tanto sabido es que “en los juicios de amparo, debe atenderse a la situación existente en el momento en que se dicta la sentencia” (conf. CSJN, *Fallos*, 247:466; 249:553; 250:345; 269:31; entre otros).

4. Dentro de este contexto, la Cámara analizó las previsiones de la ley 4036 y, en orden a las normas constitucionales que reglamenta, concluyó que resultaba aplicable el art. 18 de la ley, en tanto la actora —una mujer viuda, a cargo de su hija menor de edad, excluida del mercado formal de empleo—, al momento del dictado de la senten-

cia, tenía 61 años de edad y se encontraba en situación de vulnerabilidad social (fs. 377 vuelta/378 del expediente principal).

Frente a ello, lo cierto es que el GCBA no muestra que la Cámara, con la decisión transcripta, no hubiera venido a reponer la situación de prioridad en que entendió está la actora (conf. el art. 31 de la CCABA). En otras palabras, no se observa la arbitrariedad en que el GCBA afirma habría incurrido la Cámara.

5. No obstante, y de acuerdo con lo que he sostenido en varios precedentes (conf. “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. n° 9903/13, entre otros), asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna al accionante...” sin que, previamente, dijera cómo se va a atender el derecho del amparista.

Es por ello que corresponde otorgar al recurrente la facultad de efectuar una propuesta para atender los derechos que la condena reconoce a la parte actora, teniendo en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones.

En este sentido, voto por hacer lugar parcialmente a los recursos de queja y de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs 376/378 vuelta de los autos principales y condenar al GCBA a brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia, a cuyo fin deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Comparto —en lo sustancial— los desarrollos contenidos en los votos de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano y, en consecuencia, a ellos remito en homenaje a la brevedad.

Por lo expuesto, suscribo también la solución que propician mis aludidos colegas. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada. Sin embargo, no puede prosperar porque no cumple la carga de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

2. Para declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, los jueces *a quo* sostuvieron:

- i)* “(...) de los términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen (...), todas ellas de carácter infraconstitucional” (fs. 430 vuelta, autos principales);
- ii)* “(...) la demandada (...) no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para relacionarlas con las circunstancias de la causa” (fs. 430 vuelta/431, autos principales).
- iii)* “(...) en el recurso se abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, y no se hace mención sino de principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 431, autos principales).

3. El quejoso denuncia que la resolución denegatoria es arbitraria y se limita a afirmar que “(...) el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado por la alza-

da en razón [de] que existía cuestión constitucional suficiente y bastante, habilitando la acción de amparo para cuestiones que carecían de actualidad y vigencia” (fs. 14 vuelta) y que “(...) la alzada ha dictado en autos una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14, CCABA), habiéndose condenado al GCBA, afectándose así de esta manera, la garantía al debido proceso legal adjetivo y derecho de defensa en juicio del GCBA (art. 13 inc. 3 de la CCABA y art. 18 de la C.N.)” (fs. 15).

Los escasos señalamientos de la Ciudad referidos en el párrafo anterior no alcanzan para rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no admitir su recurso de inconstitucionalidad.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, “es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad” (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 09/4/2001).

El Gobierno, pues, no cumplió con la carga de demostrar el error en el cual a su juicio habría incurrido el *a quo* al cerrar su acceso al Tribunal.

En síntesis, las deficiencias de la presentación en examen sellan su suerte adversa e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones apuntadas, voto por rechazar la queja del GCBA.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo decidido, así como tampoco por qué lo resuelto reviste gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, oída Fiscalía General y en concordancia con lo concluido por la Asesoría General Tutelar corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 376/378 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXCVI - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN CANDAPAI, OSMAR C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación. Derecho a la vivienda digna.

Expte. SACAyT n° 10.001/13 - 3/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

I. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) interpuso queja ante este Tribunal (véase fs. 14/19 vuelta) contra la denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad. Este último recurso lo había deducido contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que, frente al reenvío dispuesto por este Tribunal, resolvió revocar la sentencia de primera instancia y ordenar al GCBA que “...adopte los recaudos necesarios a fin de que se le asigne al amparista un lugar en el programa de emergencia habitacional previsto por el dec. 690/2006 y sus

modificatorios 960/2011 y 167/11. Ello, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir en que su estado de vulnerabilidad social ha cesado” (fs. 10).

2. La Sala II fundó esa decisión en la ley 4036 y en la situación de vulnerabilidad en que entendió se encontraba la parte actora (fs. 9).

3. El GCBA tachó de arbitraria la sentencia por cuanto entiende que ha cumplido con la obligación establecida en los programas de ayuda social y, en consecuencia, el amparista no tiene el derecho que la Cámara le reconoció. Manifestó, a su vez, que la Cámara incurrió en exceso de jurisdicción en tanto afecta facultades propias del Poder Ejecutivo local. Por último, sostuvo que el fallo prescinde de las consideraciones vertidas por este Tribunal en varios de sus precedentes.

4. La Sala II denegó el recurso de inconstitucionalidad porque, a su juicio, el GCBA no plantea una cuestión constitucional (fs. 11/12).

5. El Fiscal General opinó que correspondía hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, en tanto considera que la Cámara al resolver como lo hizo no aplicó los lineamientos expuestos por el Tribunal *in re* “Alba Quintana”, y no atendió a la normativa habitacional vigente (fs. 114/117).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja.

2. Los planteos dirigidos a cuestionar el alcance del derecho a la vivienda, en particular, si ese derecho se agota con la entrega del beneficio establecido por el dec. 690/06, y sus modificaciones, fueron por este Tribunal abordados en la sentencia del 15/7/2010; de ahí que nada corresponde a este Tribunal resolver al respecto.

3. Por su parte, el GCBA no muestra que sea insostenible la decisión de la Cámara que manda a que se mantenga al actor “...en el programa habitacional previsto por el dec. 690/2006 y sus modificatorios...” (conf. fs. 9 vuelta). Para ello debió, cuando menos, demostrar que destina los recursos a atender a personas que están en una situación preferente frente al actor, ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor.

4. Finalmente, los agravios dirigidos a cuestionar la vinculación del actor con la Ciudad (requisito del domicilio) no se hacen cargo mínimamente de las razones que le dio la Cámara al tratarlos.

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General, voto por rechazar la presente queja.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque el Gobierno recurrente no ha demostrado que la Cámara hubiera incurrido en la arbitrariedad en que funda su recurso.

2. La Sala II —frente al reenvío de la causa que dispuso este Tribunal a fin de que “los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— resolvió que correspondía admitir el recurso de apelación que el actor había interpuesto contra la sentencia de primera

instancia que había rechazado la acción de amparo interpuesta y ordenó al GCBA que: “...se le asigne al amparista un lugar en el programa de emergencia habitacional previsto por el dec. 690/2006 y sus modificatorios...” (conf. fs. 10).

3. Cualquiera sea el mérito de los dichos del *a quo* acerca de las previsiones de la ley 4036 y de las normas constitucionales que reglamenta, lo cierto es que el GCBA no muestra que la Cámara, con la decisión transcripta (que centralmente manda a que se incluya al actor en un programa de beneficio habitacional), no hubiera venido a reponer la situación de prioridad en que entendió está el accionante (conf. el art. 31 de la CCABA). En otras palabras, el Tribunal, por mayoría, ordenó devolver la causa a la Cámara para que se analizara si la parte actora cumplía las condiciones previstas en el dec. 960/08 y si había demostrado estar comprendida en alguna de las prioridades previstas en el art. 31 de la CCABA. La Cámara, no obstante las menciones que hizo acerca de la normativa a la que me referí más arriba, concluyó que el actor —un hombre solo, de aproximadamente 75 años, en condiciones de precariedad laboral; extremos que la Cámara tuvo por probados en base a la documentación aportada y, en especial, frente a la falta de respuesta del GCBA con relación al pedido de informes que solicitara el Tribunal a fin de contar con información precisa sobre la situación del actor— estaba en situación de vulnerabilidad social (conf. fs. 9 vuelta); razón por la cual, a juicio del *a quo*, debía otorgarse el subsidio habitacional que venía reclamando. De ahí que no se observa la arbitrariedad en que el GCBA afirma habría incurrido la Cámara.

4. Finalmente, tal como lo señala el juez Lozano en su voto, los planteos dirigidos a cuestionar la vinculación del actor con la Ciudad (requisito de domicilio) no aparecen fundados ni desvirtúan las razones que dio la Cámara al considerarlos.

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General, voto por rechazar la presente queja.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Comparto —en lo sustancial— los desarrollos contenidos en los votos de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano y, en consecuencia, a ellos remito en homenaje a la brevedad.

Por lo expuesto, suscribo también la solución que propician mis aludidos colegas. Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados indicaron que este no había planteado adecuadamente un caso constitucional. Explicaron:

- i)* que el recurrente no había relacionado los preceptos constitucionales invocados con los términos de la sentencia impugnada; y
- ii)* que las cuestiones objeto de tratamiento en el decisorio atacado versaron sobre extremos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

Por lo demás, los camaristas descartaron la existencia de un supuesto de arbitrariedad.

3. En su recurso directo, la Ciudad no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibles el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar los agravios que expusiera en su recurso de inconstitu-

cionalidad, sin hacerse cargo de los defectos de fundamentación que individualizaron los jueces de la Sala interviniente, y aunque reseña algunos de los argumentos del auto denegatorio, no los articula con los términos de su presentación.

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo decidido, así como tampoco por qué lo resuelto reviste gravedad institucional. Tampoco —como señalan mis colegas— los planteos dirigidos a cuestionar la vinculación del actor con la Ciudad (requisito de domicilio) no aparecen adecuadamente fundados.

Entiendo aplicable mutatis mutandi la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, oída Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXCVII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BODART, ALEJANDRO C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES

Servicios públicos. Subterráneos de Buenos Aires. Tarifas. Audiencia pública: definición, finalidad, caracteres.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar la queja si no se advierte el interés jurídico del recurrente para obtener la revisión de un pronunciamiento que antes de la interposición de la presente queja fue dejada sin efecto por contrario imperio. (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

2. La audiencia pública es la vía que la ley 4472 —Ley de regulación y reestructuración del sistema de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo en la CABA— instrumentó para, por un lado, dar ocasión a los interesados de introducir y fundar sus reparos y, por el otro, obligar a la autoridad no solo a tenerlos en cuenta, sino a dar respuesta, y tomar decisiones sobre la base de los elementos que de ellas surgieran. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

3. La ley 6, que regula el instituto de la audiencia pública, la concibe como instancia de participación en el proceso de toma de decisiones, en la que la participación está prevista a favor de "...todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular [a fin de que] expresen su opinión..." (conf. art. 1º) y explicita un criterio subyacente en la relevancia que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires le da a la audiencia como instancia de participación, cuando ella viene legalmente impuesta, la falta de convocatoria o la no realización en función de alguna causa imputable al órgano convocante produciría la nulidad del acto (conf. art. 3º). (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

4. Establecer la audiencia pública como mecanismo de participación popular, es una manera de reunir a todos los interesados en un acto, y generar un colectivo comprensible en un eventual litigio, a partir del posicionamiento y representatividad de los concurrentes y expositores. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

5. La audiencia pública no es solamente una condición ritual para poder avanzar con la ejecución de una medida ni un escenario en que se hacen catarsis. Es, en cambio, el único procedimiento en el que ciertas medidas pueden ser adoptadas. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

6. Las tarifas son revisadas anualmente (o con una frecuencia mayor, frente a ciertos cambios en el costo reflejado en la tarifa técnica), para lo cual la autoridad de aplicación debe citar a audiencia pública, a la que los interesados pueden asistir; mientras que ese es el escenario en que la ley dispuso reunir la recepción de todas las observaciones que revistan interés general. (*Voto en disidencia del juez Luis F. Lozano*).

Expte. SACAyT n° 10.407/13 - 3/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alejandro Bodart, en su carácter de diputado de la Ciudad de Buenos Aires, por derecho propio y en defensa de derechos de incidencia colectiva, promueve acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) con el objeto de que se ordene la suspensión del aumento de la tarifa del servicio de subterráneos. Solicita como medida cautelar que se ordene al demandado abstenerse de aplicar el aumento en la tarifa anunciado para el 15/3/2013 llevándola de \$ 2,50 a \$ 3,50 (fs. 1/9 del expte. A444-2013/0).

El 25/3/2013 el juez de primera instancia ordena en forma precautoria la suspensión de la vigencia de la resol. 1798/SBASE/12 —a través de la cual el Directorio de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (en adelante SBASE) aprobara las nuevas tarifas arriba referidas (fs. 65/67)—, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

En el decisorio destaca que: “...en caso de modificarse las circunstancias tenidas en cuenta para adoptar la presente decisión (y que han sido detalladas en los considerandos VII.6. VII.7, VII.8 y, especialmente, VIII.1 y VIII.2 de este pronunciamiento) el demandado [podrá] hacer uso de las facultades procesales previstas en los arts. 182 y 183 del CCAyT (...)” (fs.142/155).

2. El GCBA apela y expresa sus agravios (fs. 196/222 vuelta), los que son contestados por el actor (fs. 844/851 del expte A444-2013/3).

3. Con fecha 16/8/2013 la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario resuelve, por mayoría, rechazar el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y confirmar la medida cautelar dictada en primera instancia.

Los magistrados Mabel Daniele y Esteban Centanaro, consideran que se trata de un supuesto de litigación compleja donde están en juego derechos sociales, como el empleo, la educación, la salud y los derechos de los usuarios y consumidores. Afirman que “...los intereses colectivos colocados en juego resultan demostrativos de un daño concreto que excede el marco meramente conjetural”.

Por otra parte, afirman que la decisión adoptada no afecta el interés público ni compromete la prestación del servicio, pues “...el eventual daño al que podrían estar expuestos la empresa prestadora del servicio o el Estado es meramente conjetural (...) en cambio, de modo muy distinto, podría repercutir en la vida y economía de los usuarios que mediante esta medida excepcional, se pretende proteger” (fs. 885/894 vuelta del expte. A444-2013/3).

4. Con fecha 23/8/2013 el demandado solicita el levantamiento de la medida cautelar. Explicita que las circunstancias tenidas en cuenta al adoptar la decisión provisional se habían visto modificadas dados los hechos sobrevinientes acaecidos, estos son: *i*) la previsión de una tarifa especial —ticket social— “...que describe los beneficios constitutivos e integradores de la regulación tarifaria en cuestión, y que permite tener por cumplidas las presuntas omisiones descriptas (...) en los considerandos VIII.1 y VIII.2 del pronunciamiento cautelar”, y *ii*) el dictado de la resol. 1841/13 (publicada en el Boletín Oficial del 28/6/2013 de acuerdo con lo establecido en el art. 32 de la ley 4472) a través de la cual se fijó la tarifa técnica del servicio subte, determinada de conformidad con el análisis de costos que acompañó en su presentación (fs. 304/306 del expte. A444-2013/0).

5. Sin perjuicio de lo expuesto, con fecha 28/8/2013 el GCBA interpone recurso de inconstitucionalidad contra la decisión adversa de la Cámara. Plantea —sustancialmente— que la resolución impugnada resulta asimilable a una sentencia definitiva porque, a su criterio, la medida cautelar decretada implica una grave afectación al

servicio público de transporte de subterráneos al incidir sobre su financiamiento, impidiendo que la Administración cumpla con los fines de la ley 4472 de Regulación y Reestructuración del Sistema de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo de la CABA.

Sostiene que el accionante carece de legitimación activa y que no existe caso o causa que habilite la intervención del poder judicial (art. 106 CCABA) toda vez que “...bajo el ropaje jurídico de acción de amparo, el peticionante pretende ejercer un control abstracto de actos que tienden a regular un servicio público de subterráneos”.

Destaca también que el aumento tarifario suspendido había sido debatido en audiencia pública y avalado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (fs. 898/916 vuelta del expte. A444-2013/3).

6. Con fecha 1/11/2013 el juez de primera instancia resuelve el pedido de levantamiento de la medida cautelar referido en el punto 4 de estas resultas. Dispone “[m]odificar los alcances de la medida cautelar dictada con fecha 25/3/2013 y en consecuencia, dejar sin efecto la suspensión ordenada en el punto I de la parte resolutive de dicha resolución, previo cumplimiento y adecuada acreditación por el GCBA” de ciertas medidas que indica en la sentencia (fs. 319/323 del expte A444-2013/0).

La apoderada de SBASE acredita el cumplimiento de las medidas requeridas (fs. 343 y vuelta del expte A444-2013/0), y tras cumplir con la publicación en el Boletín Oficial de la resol. 1897/13 exigida por el juez (fs. 351 y fs. 611/617), el magistrado tiene por satisfecha las exigencias requeridas con fecha 12/11/2013 (fs. 618 del expte. A444-2013/0).

7. El 14/11/2013 la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declara inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad *supra* referidos. Los magistrados afirman que la resolución impugnada no es una sentencia definitiva ni se le asimila, destacando que el recurrente tampoco acredita que la medida dictada le produzca agravios que por su magnitud resulten irreparables (fs. 933/934 vuelta del expte. A444-2013/3).

8. El 26/11/2013 el GCBA se alza en queja ante el Tribunal. Se agravia manifestando —sustancialmente— que la Cámara rechazó su recurso de inconstitucionalidad en forma dogmática pues “...dado el grado de violación irreparable a los derechos constitucionales de mi mandante, existía un genuino caso constitucional” (fs. 101 vuelta).

Afirma también que “...concorre en el caso, lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema califica como ‘gravedad institucional’” (fs. 101/108 del expte. 10407/13).

9. En su dictamen la Fiscalía General opina que corresponde rechazar la queja porque el GCBA no demuestra que la medida cautelar atacada le cause agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Destaca también que el juez de primera instancia ya había modificado la medida cautelar apelada, dejando sin efecto la suspensión de las tarifas oportunamente ordenada en el caso (fs.138/140).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y corresponde su rechazo.

2. Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local, que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando sean sobrevinientes

a la interposición del recurso federal (CSJN *Fallos*, 329:1487; 330:1291; 331:1869; 333:1474 entre otros).

En autos, con fecha anterior a la presentación del recurso directo *sub examine*, el GCBA fue notificado de la resolución del juez de primera instancia de fecha 1/11/2013 que modificara la medida cautelar —dictada el 25/3/2013 y confirmada por la Cámara el 16/8/2013— impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a sostener por ante este Tribunal (v fs. 324 de los autos principales).

Si bien el quejoso señala que “el Juzgado de Primera Instancia del fuero en virtud de las constancias aportadas por el GCBA resolvió dejar sin efecto la medida cautelar dictada en autos” (fs. 104 vuelta) y destaca que la actora y la demandada apelaron dicha resolución — cuestiones que no se debaten en la presente queja—, no propone argumentación tendiente a demostrar cuál es el gravamen subsistente luego de tal circunstancia que justifique un pronunciamiento de este Tribunal sobre una cuestión ya fenecida.

En suma, no se advierte el interés jurídico del GCBA para obtener la revisión de un pronunciamiento —la medida cautelar dictada con fecha 25/3/2013— que antes de la interposición de la presente queja fue dejada sin efecto por contrario imperio conforme *ut supra* se refiere.

Por lo expuesto, y en concordancia con lo dictaminado por la Fiscalía General, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 101/108.

Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Coincido con mi colega Inés M. Weinberg en que el GCBA recurrente no ha acreditado un interés jurídico concreto ante este Estrado para obtener la revisión de un pronunciamiento que, en definitiva, ya ha sido dejado sin efecto. Por ello, acompaño los desarrollos expuestos en su voto y la solución que allí se propicia.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Tal como lo destaca la Sra. jueza de trámite, Dra. Weinberg, no se advierte que subsista el interés jurídico del recurrente a partir de la modificación de la cautelar aquí cuestionada. En efecto, a partir de la resolución del Sr. Juez de primera instancia de fecha 1º/11/2013 —que dispuso la modificación de los alcances de la medida dispuesta el día 25/3/2013 y dejó sin efecto la suspensión que había sido ordenada sobre el aumento de tarifa—, la cuestión debatida en el sub examine se tornó abstracta, lo que impide a este Tribunal expedirse útilmente acerca de la queja.

Eventualmente, el GCBA podrá replantear los cuestionamientos aquí expuestos en oportunidad de recurrir esta nueva resolución modificatoria, lo que implica un debate sustancialmente diferente —por los motivos reseñados en el párrafo anterior— al planteado en autos.

En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por rechazar la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Tal como lo explica la Sra. jueza de trámite en su voto, la decisión contra la que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dirigió el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a sostener, fue dejada sin efecto. En este escenario, un pronunciamiento del Tribunal resulta abstracto, y así corresponde declararlo.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El GCBA *i)* niega que exista una causa judicial, con sustento, por un lado, en la falta de legitimación de la parte actora y, por el otro, en que la pretensión canalizada

en el presente amparo persigue el “...control abstracto de actos que tienden a regular un servicio público de subterráneos” (fs. 86); y *ii*) cuestiona la medida cautelar confirmada por la Cámara a fs. 69/78 vuelta.

Ello así, me ocuparé primeramente del planteo enderezado a controvertir la presencia de una causa judicial, porque compromete cláusulas constitucionales (los arts. 14 y 106 CCABA y 116 C.N.) cuyo abordaje a esta altura del pleito es indispensable, en tanto pone en vilo la actuación judicial, aun la de este Tribunal (conf. doctrina de *Fallos*, 189:245, 229:460, 322:528, entre otros, aplicable, *mutatis mutandi*, al supuesto *sub examine*); por lo tanto, resulta apta para suscitar esta instancia extraordinaria (conf. art. 113.3 CCABA).

Además, como se verá, el resultado al que se arriba torna inconducente pronunciarse acerca del planteo vinculado a la medida cautelar cuestionada.

2. No viene controvertido que el objeto del presente amparo (deducido por el Sr. Bodart; y al que se han presentado adhesiones a fs. 26, 136/137, 278/280; y *amicus curiae* a fs. 162/178 de los autos principales) consiste, tal como fue descripto por el *a quo*, en: “...impugnar el aumento tarifario del servicio de subte de dos pesos con cincuenta centavos (\$2,50) [...] en cuyo marco] solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que el Gobierno de la Ciudad se abstuviese de aumentar el boleto del servicio de subte programado a partir del 15/3/2013 ‘ordenando la realización de una auditoría a los efectos de determinar la conveniencia o no de dicha suba, en qué parámetros técnicos se basa y el destino del aumento pretendido, como medida precautoria antes de implementar un aumento tan infundado y elitista” (fs. 69).

Cabe tener presente que, a raíz de una presentación efectuada en autos, por cuyo intermedio se “...cuestiona[ba] la legitimidad de un eventual nuevo aumento de la tarifa SUBTE, cuya audiencia pública ha sido convocada a través del dec. 4/14...” (fs. 662 de los autos principales), el juez de la causa precisó que “...no guarda[ba] relación con el objeto y la causa de este proceso —en el cual se persigue la declaración de nulidad de las Resoluciones N° 1798/SBASE/13 y 1841/SBASE/13—” (fs. 662 de los autos principales, sin subrayar en el original). En esa ocasión, además, aclaró que “...en una resolución dictada en este mismo expediente, la Alzada ha advertido sobre la inconveniencia de ‘acumular en un tribunal todas aquellas causas donde se discutan los eventuales aumentos que pudiere experimentar la tarifa del servicio público [de transporte de subterráneos]’ (Cám. CAyT., Sala II en ‘Bodart, Alejandro c/GCBA s/otros procesos incidentales’, expte. n° A444-2013-4, sentencia del 4/7/20113)”, V. fs. 662 de los autos principales.

Asimismo, también en el Expte. “Zelaya, Marcos c/Subterráneo de Buenos Aires Sociedad del Estado” (n° A70933-2013/0), acumulado a los presentes (V. fs. 50/51 del Expte. n° A70933-2013/0) se “...cuestiona la emisión de la resol. 1841/SBASE/13, [...] también —y por la directa relación que ese acto tiene con el esquema tarifario— peticiona la suspensión de sus efectos, así como los de su similar N° 1798/SBASE/13” (véase fs. 14 del expte. n° A70933-2013/0).

Entonces, la pretensión aquí canalizada consiste en impugnar las resoluciones 1798/SBASE/13 y 1897/SBASE/13; la primera de las cuales aprobó el nuevo importe de las tarifas del servicio SUBTE, que fueron fijadas en: “...a) Subterráneo: pesos tres con cincuenta centavos (\$3,50) por viaje.//b) Subterráneo - Premetro, combinación: pesos tres con cincuenta centavos (\$3,50) por viaje. // c) Premetro: un peso (\$1,00) por viaje” (conf. art. 1); mientras que, la segunda de ellas, “...[f]ij[ó] el importe de la Tarifa Técnica del *servicio subte* en la suma de pesos siete con cuarenta y siete centavos

(\$7,47), conforme los costos de explotación del servicio subte reflejados en el Anexo I, que forma [parte] integrante de la presente Resolución” (conf. art. 1º).

Este ha sido el contexto en el que la Sala II CCaYT ha entendido que “[e]n autos, la materia que en definitiva se debate, se vincula con el carácter de usuario del servicio público de subte y premetro, cuyo carácter colectivo no es discutible [...] y que l] o expuesto es suficiente, por ende, para reconocer legitimación al actor en carácter de habitante y usuario” (fs. 71 vuelta). También señaló que “...la verosimilitud del derecho se torna palmaria, sobre todo, para aquellos sectores de la sociedad entendidos más vulnerables [...], así] podrían verse afectados de modo manifiesto e irreparable derechos sociales básicos” (fs. 73/73vuelta).

3. Sentado lo anterior, el planteo enderezado a objetar la legitimación activa de la parte actora, abordado por el *a quo*, requiere analizar las condiciones en que el sistema jurídico, integralmente considerado, concibe el control de la función ejercida, en el caso la fijación de la tarifa.

A ese fin, es preciso tener en cuenta que la pretensión, según entendió el *a quo* y la recurrente no controvierte, reviste alcance colectivo, razón por la cual corresponde escrutar si se acomoda a los parámetros de una acción de esa especie [conf. mi voto *in re* “Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Asociación Trabajadores del Estado (ATE) c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, Exptes. n° 8723/12 y 8706/12, respectivamente, sentencia del 6/6/2013], nutridos con las particularidades que reviste el tipo de función cuyo control se pretende, y que conduce a mirar, primeramente, la ley que reglamenta el servicio cuya tarifa es aquí discutida, desde la perspectiva que brinda la CCABA al fijar competencias como las del art. 80 incs. 1º y 2.º, 104 inc. 23, 63, entre otros, que deben ser ejercidas con arreglo a ciertas pautas, que incluyen la de reflejar una democracia participativa (art. 1º, CCABA).

4. En este orden de ideas, el cuadro sobre el cual corresponde definir la cuestión vinculada a la legitimación de la parte actora parte del análisis acerca de las condiciones en que está regulado el ejercicio de la función administrativa en cuestión y, con ello, el alcance del control a que queda sujeta.

A este respecto, la ley 4472 (Ley de Regulación y Reestructuración del Sistema de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) se ocupa de “...la regulación y reestructuración del Sistema de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (SUBTE), teniendo como objetivo la prestación idónea, eficiente y de calidad del servicio público, la puesta en valor de las líneas ferroviarias de superficie y subterráneas existentes, el desarrollo de la infraestructura ferroviaria de superficie y subterráneas así como la seguridad operativa en la prestación del servicio público” (art. 1).

4.1. Asimismo, el cuerpo normativo en comentario, organiza las condiciones bajo las cuales debe ser establecida la tarifa del Subte (principalmente, en el Título VI del Libro Segundo).

En ese esquema, establece como autoridad de aplicación de la ley a SBASE (Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado), a quien encomienda fijar las tarifas y cuadros tarifarios, previa audiencia pública conforme la normativa vigente, durante el período de emergencia a que se refiere el art. 6º de la ley (conf. art. 13 inc. 9º); y fijar y aplicar las tarifas, cuadros tarifarios y tarifas de interés social del servicio Subte (conf. art. 38 inc. 16).

En cuanto a las pautas con que debe ser fijada la tarifa, la ley impone que estas sean “justas y razonables” (conf. art. 27). Además, distingue entre lo que denomina “tarifa técnica” y “tarifa al usuario”:

- i) la tarifa técnica debe reflejar los costos de la explotación del servicio SUBTE y será establecida por SBASE, a cuyo fin la ley libra a la reglamentación definir pautas de productividad y programas de modernización y mejora tecnológicas, a aplicar en los procesos, las contrataciones y sistemas de gestión operativos de manera de lograr la reducción de estas (conf. arts. 28 y 29);
- ii) mientras que la tarifa al usuario es aquella que “...efectivamente paga el usuario del Servicio Subte excluido el usuario de tarifa de interés social” (art. 28), en cuyo marco, asimismo, la ley impone a la autoridad de aplicación “...subsidiar la totalidad de la tarifa a aquellas personas que padezcan limitaciones físicas que impliquen un impedimento al acceso al servicio, jubilados y/o pensionados así como estudiantes del ciclo primario de gestión estatal” y agrega que “...podrá subsidiar en forma total o parcial la tarifa a aquellas personas que integren sectores sociales vulnerables que serán determinados por la autoridad de aplicación” (art. 36), e incorpora como criterio que debe observar la política en la materia que el Estado intervenga en el servicio conforme a las reglas de competencia que consagra la ley, en el marco de lo dispuesto en el art. 17 CCABA (conf. art. 15 inc. 6), es decir, teniendo en miras que “[l]a 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 las que tienen menos posibilidades”.

Finalmente, la ley impone la revisión periódica (anualmente, salvo que se verifiquen ciertos incrementos en los costos recabados en la última determinación de la tarifa técnica, supuesto en el cual el proceso de revisión se iniciará “inmediatamente de ocurrido el incremento”, conf. el art. 31); “...y podrán ser incrementadas previa audiencia pública a la que deberán concurrir los prestadores del Servicio Subte, pudiendo concurrir las asociaciones de usuarios y consumidores debidamente registradas y las asociaciones gremiales” (art. 31). En todos los casos, las tarifas técnicas y las tarifas o cuadros tarifarios al usuario y sus modificaciones, deberán ser publicadas en el Boletín Oficial con al menos 5 días de anticipación a su entrada en vigencia (conf. art. 32).

4.2. De lo dicho en los párrafos precedentes se deriva que la ley impone un mecanismo concreto de participación popular (audiencia pública) que funciona como condición previa a que pueda ser establecida tanto la determinación de la tarifa, como sus incrementos producto de la revisión periódica (o anticipada, en los casos de alzas de más del 7% en los costos reflejados en la última tarifa técnica). La condición de pública sin que estén previstas limitaciones importa que la audiencia está abierta a la concurrencia de cualquiera y, en particular, de las asociaciones representativas de sectores específicos involucrados (las de usuarios y consumidores, y las gremiales, a las que se refiere la ley), quienes tienen en este terreno una participación estelar en la medida en que ellas representan, cada una, un colectivo determinado con quienes a la ley le interesa que debata la autoridad de aplicación y la concesionaria del servicio, y hasta los usuarios con pareceres distintos.

También incorpora otro mecanismo de participación popular, que es la consulta no vinculante a usuarios y trabajadores del servicio Subte, acerca de “...toda cuestión relativa al mencionado servicio público...” (conf. art. 35), aunque a este respecto lo hace

potestativo a favor de la autoridad de aplicación. Destaco que tanto la audiencia pública, como la consulta popular no vinculante funcionan como canales de comunicación, pero, principalmente interesa la primera, por ser obligatoria y hacer al tópico en debate.

Estos canales se insertan en un esquema programado por la CCABA como democracia participativa (conf. art. 1 CCABA), que guía la organización de las instituciones, dentro de las cuales, en lo que ahora importa, a la Legislatura compete (art. 80 CCABA) “1. Dicta[r] 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[r] todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades”; es decir que entre las competencias de la Legislatura está la de sentar reglas para el ejercicio de las competencias de los otros poderes del Estado; regla que abarca la posibilidad de crear competencias para otros poderes. Asimismo, específicamente “2. Legisla en materia: [...] h) De obras y servicios públicos, cementerios, transporte y tránsito”. El ejercicio de estas competencias por parte de la Legislatura, a su turno, es indelegable (conf. el art. 84, CCABA) y, como dije, vienen atravesadas por la pauta de democracia participativa que impone la CCABA, una de cuyas modalidades de realización, aunque ciertamente no la única, es la audiencia pública; mecanismo este que la CCABA específicamente puso en sus manos, sea para que convoque directamente cuando esté en juego alguno de los supuestos a que se refiere la CCABA o para que establezca la convocatoria y su realización como condición para la adopción de decisiones de interés general que a ella compete regular, al establecer que “[l]a 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” (art. 63). Fruto de la confluencia de las reglas a que me vengo refiriendo, la ley 4472 creó competencias administrativas —bajo parámetros como los del art. 104.23 CCABA— a cargo de SBASE, entre las que se encuentra la fijación de las mencionadas tarifas, condicionadas a que surjan como efecto de una audiencia pública.

La audiencia pública es la vía que la ley instrumentó para, por un lado, dar ocasión a los interesados de introducir y fundar sus reparos y, por el otro, obligar a la autoridad no solo a tenerlos en cuenta, sino a dar respuesta, y tomar decisiones sobre la base de los elementos que de ellas surgieran. La ley 6, que regula el instituto de la audiencia pública, la concibe como instancia de participación en el proceso de toma de decisiones, en la que la participación está prevista a favor de “...todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular [a fin de que] expresen su opinión...” (conf. art. 1) y explicita un criterio subyacente en la relevancia que la CCABA le da a la audiencia como instancia de participación, cuando ella viene legalmente impuesta, la falta de convocatoria o la no realización en función de alguna causa imputable al órgano convocante produciría la nulidad del acto (conf. art. 3°). No hay texto que expresamente lo diga, pero, si el propósito de la audiencia es desembocar en una medida fundada que contemple los intereses en juego de las personas alcanzadas, cada participación debe estar dirigida a cumplir con esa finalidad, la de los particulares concurrentes al debate, que tienen allí el ámbito apropiado para introducir sus reparos y pretensiones, y los funcionarios que deben anticipar al público los elementos de que estimarían oportuno servirse para dar causa a la planeada medida a cuyo fin se llama a la audiencia; luego ponderar las objeciones y dar tratamiento a los pedidos de los concurrentes sin cuyo examen no habrá acto válidamente fundado. Sin ello, la audiencia pública no tendría más efectos que un minué, aunque probablemente menos gracia. Los rasgos que vengo exponiendo surgen todos ellos de la ley 6, a que me referí más arriba; en efecto, si bien

allí está previsto que las opiniones registradas durante la audiencia no son vinculantes, obliga a la autoridad administrativa a explicar de qué modo las ha tomado en cuenta y, en su caso, las razones por las cuales las desestima (art. 2° de la ley 6).

Asimismo, establecer la audiencia pública como mecanismo de participación popular, es una manera de reunir a todos los interesados en un acto, y generar un colectivo comprensible en un eventual litigio, a partir del posicionamiento y representatividad de los concurrentes y expositores. Este mecanismo de adopción de decisiones imperativas se frustraría si un juez dispusiera respecto de la tarifa aún provisoriamente sin que hubiera comprobado que la petición formulada hubiera sido previamente llevada a la audiencia a fin de que fuera debatida por todos los sectores involucrados. Retomando los lineamientos con que la ley 6 organizó el desenvolvimiento de las audiencias públicas, está previsto que la autoridad de implementación abra un registro de participantes, al que deberán inscribirse todos aquellos que quieran usar la palabra (cinco minutos por exposición, según dispone la ley, art. 49) sin perjuicio que al dar inicio a la audiencia pueden admitirse más expositores (conf. art. 55), y un registro de Organizaciones y Asociaciones gubernamentales y no gubernamentales de Audiencias Públicas a quienes la autoridad convocante tiene que invitar a participar a la audiencia (conf. art. 47 bis de la ley 6); asimismo, el sistema asegura que los participantes y el público vayan a la audiencia munidos de toda la información de que dispone la administración sobre el asunto, haciendo más aprovechable el debate (conf. art. 42 de la ley 6).

Esta visión de la audiencia pública importa darle una relevancia que supera la idea de que sea un mero paso formal. No es solamente una condición ritual para poder avanzar con la ejecución de una medida ni un escenario en que se hacen catarsis. Es, en cambio, el único procedimiento en el que ciertas medidas pueden ser adoptadas. Las tarifas son revisadas anualmente (o con una frecuencia mayor, frente a ciertos cambios en el costo reflejado en la tarifa técnica), para lo cual la autoridad de aplicación debe citar a audiencia pública, a la que los interesados pueden asistir; mientras que ese es el escenario en que la ley dispuso reunir la recepción de todas las observaciones que revistan interés general. La vía judicial no funciona como un atajo para eludir el debate público, sino como el mecanismo para restablecer derechos en cuyo ejercicio se vieron afectados sus titulares. Los planteos u observaciones no arribados a la audiencia no podrían frenar por vía judicial una medida adoptada como conclusión del procedimiento a que me vengo refiriendo. Quien no participó de la audiencia pública debe pedir otra, si es que tiene observaciones para formular distintas de las allí tratadas; o plantear la inconstitucionalidad de la ley que a ella supedita la determinación de la tarifa. Si no se hizo ninguna de estas cosas, no hay elementos para tener por configurada una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que justifique la vía; ni que por su intermedio se prescindiera del debate en audiencia.

4.3. Desde la óptica desarrollada en el párrafo anterior, debe analizarse la Sección Quinta de la ley (“De la jurisdicción. De las medidas cautelares”), cuando establece algunas reglas procesales.

En el Título I de la Sección Quinta (“De la jurisdicción”) dispone que “[e]l fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es la jurisdicción competente para conocer en toda pretensión y/o acción respecto de la *aplicación e interpretación que realice la autoridad de aplicación acerca de los contratos de operación, mantenimiento y/o concesión del Subte, así como cualquier otra medida que esta adopte en relación al Servicio Subte*” (art. 69, sin destacar en el original).

El último de los artículos mencionados fija el fuero competente, y define la materia que puede ser propuesta como litigiosa, mas no se ocupa directamente de quién

podría instar el pleito. A su turno, el Título II de la Sección en comentario, aunque a propósito “De las medidas cautelares” (a las que se refiere dicho título) brinda alguna pauta al establecer que “[t]odo aquel que pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable —en los términos del art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario— relacionado directa o indirectamente con la regulación, prestación o reestructuración del SUBTE, podrá solicitar el dictado de una medida cautelar para asegurar los efectos prácticos de una sentencia definitiva...” (conf. art. 70 de la ley 4472), mas ella, naturalmente, requiere operar en el marco de una controversia instada por parte legítima que, en cambio, no define completamente aquí. Para completar ambos conjuntos de disposiciones (los que regulan el fuero competente y acerca de qué puede versar la controversia, así como las condiciones de procedencia de una medida cautelar) es preciso recurrir a las reglas a que me referí más arriba.

5. Que hubiera existido una audiencia pública fruto de la cual resultó el obrar objetado impone hacer algunas distinciones:

- Es requisito para instar una acción colectiva y, en este sentido, representar intereses de una clase, que el promotor haya participado de la audiencia representando intereses de un colectivo o que la cuestión haya formado parte del debate y el promotor muestre tener representatividad del colectivo en cuyo beneficio sustenta su obrar; y no haya, al menos, avalado la medida que ahora buscaría revertir. Es decir, es presupuesto para instar una acción de esta especie, que la petición, observación o sugerencia hubiera sido desechada.
- Distinto es el supuesto en que quien insta la acción es un afectado que aspira a una decisión cuyos efectos sean exclusivamente *inter partes*. Él no pierde la posibilidad de requerir el restablecimiento en el goce del derecho conculcado. En este supuesto, lo que sucede es que su objeción particular, en principio, no pondría en crisis la política resultante del debate público, sino solamente la aplicación de ella a su caso individual. Es preciso tener presente que si bien la audiencia está abierta a que a ella pueda concurrir cualquier interesado, las mismas razones fácticas que impiden el ejercicio de una democracia directa explican por qué no podría requerirse la participación de todo aquel afectado que luego pretendiera ser reestablecido en el goce del derecho; por lo demás, lo contrario podría inducir a la saturación del sistema (supuesto en que el beneficio marginal de agregar un participante más sería cero) o directamente a la anulación de la finalidad de la convocatoria a audiencia pública (supuesto en que se reúnan tantos participantes que resultaría impracticable algún diálogo entre ellos); al tiempo que no es el debate acerca de situaciones estrictamente particulares aquel sobre el que versa la audiencia pública, sino como claramente pone de resalto la CCABA al fijar el criterio sobre su procedencia: el interés general en juego.

6. Recapitulando hasta aquí:

- i) La ley 4472 da potestad a SBASE de fijar la tarifa, a cuyo fin regula el procedimiento, que incluye audiencia pública (arts. 80, incs. 1º y 2.h y 63 CCABA).
- ii) Ergo, no puede ni el PE ni el PJ modificarlo, salvo el último declarando la inconstitucionalidad de la ley en que se funda el acto impugnado, si la hubiera.
- iii) Esto impide revisar judicialmente sin nueva audiencia pública excepto cuando: a) el tema ya hubiera sido tratado en una de esa especie, y lo que se discute tiene que ver con la falta de reflejo en la decisión impugnada de

lo allí abordado; o *b*) se tratara de un asunto personal o, en general, uno impropio de una audiencia pública.

- iv) Que el tema no hubiera formado parte del debate en la audiencia pública impediría la revisión judicial, porque no habría colocado a la administración en situación de considerarlo a los efectos de definir su actuación; al tiempo que no habría modo de armar el colectivo específico en circunstancias en que ese colectivo tiene miembros con intereses contradictorios cada uno de ellos (menor costo o mayor confort, por ej.) y pueden, por ende, preferir soluciones distintas; y muestra desinterés, en la faz que hace a la convergencia de representantes de distintos sectores de la sociedad y el debate entre ellos, con la administración y la concesionaria; a menos que esté acreditada una causa suficiente que haya impedido u obstaculizado seriamente la concurrencia.
- v) Puede soslayarse lo previsto en el párrafo anterior en caso de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.
- vi) La participación en la audiencia no es meramente ritual. Es allí donde el legislador ha organizado la comunicación no solamente con el gobierno sino con los restantes sectores allí representados, que incluyen a los demás usuarios.
- vii) Esto no impide que quien no ha tenido oportunidad de participar formule cuestionamientos con posterioridad, pero, en ese caso, deberá acreditar el impedimento y la administración deberá evaluar si debe celebrar una nueva audiencia pública.
- viii) Estas reglas buscan dar a la voluntad legislativa la mayor operatividad compatible con el ejercicio del derecho de defensa de otros usuarios, y de su cúmulo representado por la Administración.

7. El esquema descripto, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio, viene a operar al abrigo del sistema programado por la CCABA, al que, en este aspecto, reglamenta.

En particular, el art. 14, CCABA dispone, en su párr. 2º, que “[e]stán legitimados para interponerla [la acción de amparo] 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” (sin destacar en el original).

La ley 4472 vino, así, a matizar la regla de la Constitución. Efectivamente, cualquiera de los sujetos identificados por la CCABA puede instar una acción en defensa de derechos de incidencia colectiva, más es presupuesto de ello que hubiera ingresado oportunamente al diálogo acerca de la medida objetada.

8. Conjugando las pautas hasta aquí establecidas con las fijadas en mi voto en “ATE” citado, a los jueces de mérito correspondía examinar si se encontraban presentes los extremos de una acción de la índole intentada. La falta de análisis en este sentido, como se verá, involucra, entre otras, cuestiones de hecho en cuyo abordaje no puede avanzar en instancia originaria este Tribunal. Así:

8.1. A los jueces de mérito correspondía establecer si la acción de clase es preferible a cualquier otro método disponible para la solución eficiente y justa de la controversia.

En este orden de ideas, queda claro que, como se dijo, la pretensión intentada no ha sido una que aspirara a tener alcance individual, sino colectivo; y que esa pretensión no está sustentada en la inconstitucionalidad de la decisión sino, más bien, en la ausencia de causa que la justifique. Efectivamente, el hilo argumental expuesto por la parte actora, según entendieron los jueces de mérito y no controvirtieron las partes, apunta a tachar de inválida la nueva tarifa porque, al no contar con una auditoría que la respaldase, no quedaría justificada, por su falta de relación con los costos del servicio, la nueva tarifa. A su turno, la falta de auditoría invocada para dar apoyo a la pretensión no apunta a un vicio de procedimiento, porque no viene ligada a la auditoría a cargo de la AGCBA exigida por el art. 7 de la ley 4472 que no ha sido tachado de inválido en cuanto daba plazo hasta el 31/12/13 para la presentación; ni a la del art. 13, inc. 2º de la ley 4472 a cargo de SBASE que tiene como propósito deslindar responsabilidades.

Por ello, si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad regulada en el art. 113.1 CCABA es la vía que habitualmente mejor se acomoda a pretensiones que tienen por objeto la pérdida de vigencia de normas de alcance general, en el *sub lite*, en el que la pretensión no se apoya en la invalidez de la tarifa por opuesta a la constitución local o nacional, el debate —en función de las cuestiones de hecho que sí fueron definidas en las instancias de mérito— aparece más apropiado de una acción contenciosa colectiva como la intentada.

8.2. La clase que se invoca representar, a su turno, aunque con alguna promiscuidad incompatible con las posturas reflejadas en la audiencia cuya versión taquigráfica se encuentra agregada en el incidente A444-2013/3, es, según viene formulada, la de todos los usuarios del servicio de subte, extremo que debió haber sido abordado por el *a quo* a fin de determinar si cumple con la condición de que la clase sea tan numerosa que el litisconsorcio normal sea impracticable (*Numerosity*).

Tiene interés señalar aquí que el Sr. Bodart, tal como se relata en el punto 8.5, participó de la audiencia en cuyo seno se debatió acerca de la modificación de la tarifa que quedó instrumentada mediante la resol. 1798/SBASE/13, y lo hizo en su carácter de diputado. Que el Sr. Bodart sea diputado no expresa un colectivo; aunque, en este caso, parezca natural no pedir más, ya que pagar lo justo probablemente sea el interés más generalizado.

8.3. Reitero que el único argumento invocado para objetar la tarifa es el vinculado a la desconexión, o falta de acreditación de la relación, entre esta y los costos que debería reflejar el servicio; cuestión que los jueces de mérito debieron haber analizado para definir si era común a toda la clase involucrada (*Commonality*).

8.4. Asimismo, cabría pensar que la pretensión de que se dejara sin efecto el aumento de la tarifa aprobado por la Resolución 1798/SBASE/13, sería típica de los integrantes de la clase (*Typicality*) aunque los usuarios podrían estar divididos entre quienes prefieren pagar más temiendo un servicio deficiente y quienes prefieren pagar menos.

8.5. En cuanto a la exigencia según la cual la parte que asume la representación de la clase debe proteger de manera leal y adecuada los intereses de la clase, la cuestión ha sido completamente pasada por alto en las instancias de mérito. A ese fin, para determinar la observancia de este recaudo, resultaría preciso recurrir, tal como para el análisis de los restantes recaudos, a las pautas desarrolladas en los puntos 4 a 6, anteriores.

Conforme se desprende de los “considerando” de la resol. 1798/SBASE/13, la audiencia pública cuya celebración viene impuesta por la ley 4472 fue “...celebr[ada] los días 1º y 2º/3/2013, en la sede del Teatro General San Martín, sito en la Avenida Corrientes N° 1530, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, “...el Ente único Regu-

lador de los Servicios Públicos efectuó el informe correspondiente sobre la audiencia pública celebrada, de acuerdo a las disposiciones de la ley 210 y sus modificaciones” y “[...] esas recomendaciones efectuadas por el Ente [Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fueron receptadas por Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (SBASE)”; los jueces de mérito no han abordado la cuestión en comentario; en este sentido no surge del análisis efectuado por ellos que hayan tenido por acreditada la participación del Sr. Bodart (o de alguno de los adherentes, a quienes, vale señalar, tampoco se ha tenido por tales hasta ahora) en la respectiva audiencia, cuya existencia tampoco han tenido en cuenta. Ciertamente surge de la copia de la versión taquigráfica agregada al incidente de medida cautelar, n° A444/2013/3, que el Sr. Bodart participó de dicha audiencia en su carácter de “diputado” (V. fs. 449 del mencionado incidente), y de su exposición surge que se opuso a que aumentara la tarifa, sustentando su postura en que, en su visión, “[l]a ilegalidad de este procedimiento tiene que ver con que se está votando, nuevamente, un aumento sin que haya habido una auditoría contable respecto de lo que hizo la empresa en todos estos años...” (fs. 470 del incidente mencionado), sin embargo, los señalados defectos de las decisiones de mérito condujeron a que no se le diera alcance alguno a esa participación. También el informe sobre la mentada audiencia pública, aprobado por el EURSPCABA (Resolución n° 182/EUSPCABA/13), da cuenta de que este planteo fue compartido por otros funcionarios públicos y legisladores que participaron (V. fs. 667 del incidente A444/2013/3); y motivó una respuesta del Ente cuando, a ese respecto, señala que “[s]i bien resulta necesaria la realización de la auditoría integral establecida en la ley 4.472, el hecho de no encontrarse la misma finalizada no representa un obstáculo para poder determinar niveles de costos de la explotación del servicio en función de la información que se encuentra disponible [...] En síntesis, la auditoría integral es central para determinar desde qué punto se parte para alcanzar a tener un servicio de calidad, pero con la información disponible alcanza para determinar un costo razonable de la tarifa al usuario” (fs. 685 vuelta, del incidente).

Todas estas cuestiones eran relevantes a los efectos de establecer la representatividad y, con ello, la legitimación de Bodart para instar la presente acción.

Tal como quedó dicho en el punto 2, la presente acción no busca el restablecimiento de derechos estrictamente de su promotor, sino la revisión de la tarifa con proyección hacia una clase de usuarios (cuyo elemento en común, sin embargo, no viene explicado por las instancias de mérito frente a las distinciones que, a los efectos de la fijación de la tarifa, hace la propia ley —v. gr., personas con limitaciones físicas de las que se ocupa la ley, jubilados, pensionados, estudiantes de ciclo primario, sectores sociales vulnerables—, aunque resulte conjeturable a partir de los extremos de hecho a que me vengo refiriendo, pero que no merecieron valoración alguna de los jueces de mérito que ahora pudiera ser controlada mediante esta vía).

8.6. Por último, correspondía a los jueces de la causa analizar las ventajas de un litigio colectivo en el caso, aunque parezcan evidentes.

El medio de transporte subterráneo es habitualmente empleado por una cantidad notablemente elevada de usuarios que, por ello, quedan sujetos al pago de la tarifa que aquí se controvierte. Ciertamente surge de los defectos en la tramitación del pleito —de los que me ocupo en el punto 9, que sigue— impiden tener certeza acerca de cuántos de esos usuarios comparten la pretensión, cuántos no la comparten pero no estarían dispuestos a ser quienes contribuyan más para que se solventen beneficios que se repartirían, por definición, a todos los usuarios por igual, y cuántos estarían dispuestos a contribuir más

en pos de un beneficio común; sin embargo, es conjeturable, que una buena porción de usuarios compartiría la pretensión.

Ello conduce a señalar los escenarios alternativos a la acción colectiva: *i*) que cada uno de los usuarios insatisfechos con la tarifa litigase, obligando a la demandada (o, probablemente, a Metrovías SA o la prestadora del servicio), primeramente, a elevar de modo notable los costos poniendo en crisis el acceso a la justicia o la defensa en juicio de las partes, y *ii*) segundo, generaría el altamente probable resultado de arribar a estándares incompatibles, por ejemplo, que existan tarifas diferenciales para los distintos usuarios según elementos aleatorios, como ser el juzgado en que se radicó el expediente. Ello, no obstante el factor común a que me referí más arriba (que tiene que ver con lo común a todos del acto cuestionado, y de la defensa esgrimida contra él).

9. Llegados a este punto, la omisión en que incurrieron los jueces de mérito de establecer la representatividad del promotor de la acción en los términos señalados en el punto 8.5 de este voto, conduce a anular todo lo actuado sin que estuvieran constataados los extremos que justifiquen entender legitimado al actor. A su vez, la circunstancia descripta pone de relieve la imposibilidad de tramitar la pretensión de autos en las condiciones en que ha sido encauzada.

Pero aun si la parte actora estuviera legitimada para obrar en defensa de los derechos de los usuarios del servicio de Subte a fin de cuestionar las repercusiones que sobre el aspecto homogéneo de sus derechos individuales tendría un aumento concreto en la tarifa, la demanda no ha sido trabada en las condiciones que impone la doctrina de la CSJN. Cuando una acción encuentra apoyo en derechos de incidencia colectiva, como en el *sub lite*, los jueces están obligados a arbitrar medios para darle la difusión necesaria a fin de que puedan participar en ella todas aquellas personas que se sientan con derecho a hacerlo (conf. la doctrina de Fallos “Padec c/Swiss Medical SA s/nulidad de cláusulas contractuales”, Expte. P. 361.XLIII, sentencia del 21/8/2013; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ordinario”, Expte. C.1074.XLVI, sentencia del 24/6/2014, entre otros; y ahora materializados en la Acordada CSJN 32/2014); máxime siendo que repercute sobre bienes individuales disponibles por sus titulares. En efecto, la doctrina allí sentada acerca de la difusión y participación en el pleito en el contexto en que se debate acerca de derechos de incidencia colectiva, de la especie individuales homogéneos, resulta enteramente aplicable.

En el supuesto que nos ocupa, tal como quedó relatado en el punto 2 de este voto, el *a quo* resaltó la incidencia que la materia controvertida (específicamente, la tarifa del servicio involucrado) tiene sobre los sectores de la sociedad más vulnerables, a partir de lo cual lo que en definitiva se resolviera afectaría derechos sociales de esa clase de usuarios a quienes, sin embargo, no convocó. Tampoco intentó reunir a los concurrentes a la audiencia, el juez de primera instancia no investigó si los hubo, y la Cámara no dio relevancia a lo que surgía de la versión taquigráfica de la audiencia agregada a autos con carácter previo a que resolviera en el marco del incidente A444-2013/3.

En virtud de ello, no pudo avanzar este proceso hasta su estado actual (en el que se encuentra trabada la *litis*, e incluso obra un pedido de autos a sentencia, V. fs. 678 de los autos principales) sin que se hubiera adoptado un mecanismo idóneo a fin de dar la difusión necesaria y consecuente apertura a la participación de quienes integran las clases de derechos que se entendieron comprometidos. A este respecto, también es preciso poner de resalto que, si bien los jueces de mérito entendieron que el servicio cuya tarifa ha sido aquí controvertida es prestado por una empresa concesionaria (Metrovías SA) —véase fs. 72 vuelta—, no ha sido esta convocada al litigio, no obstante que la incidencia de lo que aquí se resolviera repercutiría necesariamente en las condiciones de

prestación que haya pactado con SBASE. En este sentido, el precio por el servicio de Subte (tarifa) es pagado por el usuario a Metrovías SA (concesionaria, según señaló el *a quo* y no viene controvertido), a quien, además, la ley obliga a concurrir a la audiencia; es decir, la relación jurídica por la prestación del servicio se traba entre Metrovías S.A. y cada uno de los usuarios; en ese contexto no se comprende qué proyección se hubiera dado a la sentencia arribada sin que hubiera sido convocada una de las partes de la relación jurídica objeto de pleito.

10. Lo dicho hasta aquí conduce a declarar la nulidad de lo actuado, por haber tramitado el proceso sin que se hubiera constatado la presencia de las condiciones necesarias para entender legitimado al actor; y sin que se hubiera dado la difusión requerida; y aun cuando cupiera reenviar para que los extremos de hecho fueran analizados, y, eventualmente, reconducida la acción conforme las pautas dadas, lo cierto es que ello resultaría inconducente porque el pleito ha perdido actualidad.

11. Es preciso recordar que "...conforme con la regla *iura curia novit*, los jueces tienen el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente y aplicable a cada caso con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes" (conf. *mutatis mutandis Fallos*, 261:193; 291:259; 296:633; 294:343, entre otros); y que las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso (conf. doctrina de *Fallos*, 311: 787; 310,112; 315, 2074; 318, 342, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

En este escenario, cabe señalar que, con posterioridad a que el GCBA dedujera la queja de fs. 101/108 vuelta, fue dictada la resol. 1995/SBASE/14 (B.O. 4353, del 7/3/2014) que aprobó un nuevo cuadro tarifario, cuya vigencia se dispuso "...a partir del 14/3/2014" (conf. art. 2), dejando sin efecto el cuadro tarifario fijado por intermedio de la resol. 1798/SBASE/13, cuya nulidad se perseguía con la presente demanda. En esas condiciones, y teniendo presente que la pretensión perseguía la declaración de nulidad de la resol. 1798/SBASE/13 y no, en cambio, v. gr., el reintegro de lo abonado en exceso por los usuarios como consecuencia de dicha resolución, o la invalidez de cualquier aumento (o, en otras palabras, la imposibilidad de cambiar la tarifa fijada por el decreto 48/2013, que la resolución 1798 había venido a reemplazar), se ha diluido el objeto de la presente demanda.

Cierto es que, según entendieron los jueces de mérito, también se persigue en autos la declaración de nulidad de la resolución 1841/SBASE/13, que fija la tarifa técnica, como dije más arriba "...aquella que refleja los costos de la explotación del SERVICIO SUBTE..." (conf. art. 28 de la ley 4472), mas a ese respecto, la persecución de la declaración de nulidad tiene que ser leída en el contexto de la pretensión de que no entrara en vigencia el aumento de la tarifa establecida mediante la resol. 1798/SBASE/13 por entenderla, entre otras cosas, no sustentada en parámetros técnicos suficientes. Así lo entendieron los jueces de mérito al relatar los fundamentos que había brindado el juez de primera instancia al conceder la cautelar por ellos confirmada, según los cuales "... la potestad tarifaria reconocida en el marco legal al Poder Ejecutivo poseía determinados aspectos reglados, entre los cuales se encuentra la necesidad de que la tarifa fijada fuese justa y razonable, y para ello, interpretó que era imprescindible *conocer la tarifa técnica...*" (fs. 69, sin resaltar en el original). En otros términos, las objeciones a la tarifa técnica venían a acompañar la pretensión en la medida en que ella tuviera algún impacto en la tarifa al usuario, puesto que el amparo, según el sentido que le dieron los jueces de mérito (y no fue controvertido), no estuvo enderezado a controlar en abstrac-

to la validez de la norma que fija la tarifa técnica, sino la medida en la que ella tiene incidencia en intereses tutelados por la ley.

12. En suma, por lo dicho, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad entablados por el GCBA, declarar la nulidad de todo lo actuado y rechazar la demanda.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCXCVIII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN H., E. C. C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Poderes del Estado: funciones. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio estatal. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas con discapacidad. Alojamiento. División de poderes. Exceso de jurisdicción.

Expte. SACAyT n° 9781/13 - 3/11/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La sentencia dictada por este Tribunal el 12/7/2010 en los autos principales —"H., E. C. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 7066/10— dispuso reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos jueces de la Sala II que habían dictado el fallo recurrido se expidieran con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano de la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09.

2. La Sala II consideró nuevamente el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) resolvió rechazarlo y, en consecuencia, confirmó el fallo de grado que había hecho lugar al amparo promovido por E. C. H., declarando inconstitucional a su respecto los plazos de vigencia y montos de los programas de asistencia habitacional (cualquiera fuera su denominación); y ordenando garantizar al actor el derecho a una vivienda digna y adecuada hasta tanto cesaran las causas que habían originado su asistencia (fs. 17/22).

Para así decidir, los jueces *a quo* ponderaron las pautas dadas por el TSJ a la luz de lo establecido en la ley 3706 y entendieron que el amparista pertenecía al conjunto prioritario, dada la verificación de su estado de necesidad. Para ello, tuvieron en cuenta el informe socio ambiental presentado por el GCBA —elaborado por un trabajador social del Ministerio de Desarrollo— del que surge que: *i)* el actor está desempleado; *ii)* padece de EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica); *iii)* es paciente psicológico y psiquiátrico; *iv)* vive con su cónyuge en la habitación de un hotel con baño y cocina compartidos; *v)* percibe una pensión por minusvalidez de \$ 833 mensuales más \$ 193 de la tarjeta Ciudadanía Porteña; *vi)* recibe asistencia alimentaria y vestimenta por parte de CÁRITAS y \$ 850 por la medida cautelar dictada en esta causa; *vii)* percibe \$ 220 mensuales en virtud del programa de salario y apoyo escolar para su hija menor y abona una cuota mensual de \$ 400 a quienes poseen la guarda temporal de su hija menor. El informe concluye afirmando que el actor “...no presenta condiciones económicas para solventar la problemática habitacional de su grupo familiar” (conf. fs. 22).

3. Disconforme con lo decidido, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 63/72 vuelta).

Tachó la sentencia de arbitraria y denunció que resultaba violatoria de la defensa en juicio, la garantía del debido proceso legal adjetivo, el derecho de propiedad y el principio republicano de división de poderes.

Adujo, también, que lo resuelto por la Cámara revestía gravedad institucional dado que al otorgar al actor un subsidio sin tope “...en razón de los múltiples requerimientos judiciales que llegan a la Ciudad en el mismo sentido que el presente”, el decisorio “(...) atenta contra la ley de presupuesto, contra los recursos, su distribución y las innumerables cuestiones sociales que debe afrontar la Administración Local” (fs. 67/67 vuelta).

Centró sus agravios en la interpretación elusiva de la ley, la prescindencia de las constancias de la causa, la contradicción con el precedente “Alba Quintana” y la invasión a la zona de reserva de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

La parte actora contestó el traslado y pidió que se declarara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 79/94).

4. La Sala II rechazó el recurso con sustento en que el demandado no había planteado adecuadamente un caso constitucional y en que el fallo atacado se presentaba como debidamente fundado. Consideró que el remedio intentado por la Ciudad solo mencionaba en forma genérica las garantías y principios constitucionales que entendía afectados sin vincularlos a la causa y, por otra parte, que las cuestiones que habían sido objeto de tratamiento y decisión en la sentencia recurrida se circunscribían a la interpretación de normas infraconstitucionales como la ley 3706 y el dec. 690-GCBA-2006 y sus modificatorios (fs. 49/50 vuelta).

5. Frente a tal pronunciamiento, el GCBA planteó la queja que dio origen a estas actuaciones (fs. 52/58).

En su recurso directo, el demandado resiste la denegatoria y se agravia “...en razón de que en la especie existe cuestión constitucional suficiente, puesto que lo decidido en autos por la sentencia de Cámara resulta contrario a la doctrina sentada por el TSJCBA en causas análogas a la presente...” (fs. 52 vuelta).

Afirma, además, que existe cuestión constitucional, por cuanto la Cámara de Apelaciones dictó una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14, CCABA) y condenó al GCBA afectando la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

Finalmente, sostiene que el fallo es arbitrario por cuanto incurre en exceso de jurisdicción al resolver la apelación con prescindencia de las circunstancias fácticas y

probanzas de la causa toda vez que “...la cuestión traída a debate por el actor resultaba abstracta” (fs. 53).

6. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja interpuesta por el GCBA por carecer del requisito de debida fundamentación, en tanto el recurrente no intentó rebatir las razones por las que se había denegado su recurso de inconstitucionalidad (fs. 104/108).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Sala II —frente al reenvío de la causa que, por mayoría, dispuso este Tribunal a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 24/11/2010— resolvió confirmar la sentencia de grado (conf. fs. 166/168 de los autos principales). Esa última decisión había resuelto: hacer lugar al amparo, declarar la inconstitucionalidad “... respecto del aquí actor, de la determinación de plazos de vigencias y/o montos de los programas de asistencia habitacional, sea cual fuere la denominación de los mismos, en tanto su vigencia debe supeditarse estrictamente a la continuidad o no de las causas que fundaron la inclusión de los beneficiarios en los programas”, y ordenar al GCBA que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna del accionante, ello hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia” (conf. fs. 81).

2. Conforme lo tengo dicho conjuntamente con la Dra. Conde, las decisiones en esta especie de procesos no causan estado (conf., entre otros, nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

Dicho de un modo sintético, las razones por las que esas decisiones no causan estado, tal como lo he señalado en diversas oportunidades (a las que me remito²⁰³), son, por un lado, porque apuntan, centralmente, a regir situaciones futuras; circunstancia que lleva a que deban ser revisadas cuando ocurre una modificación en las normas o en los hechos en que encontraron apoyo; y, por el otro, porque constituyen el ejercicio excepcional de una función que se mantiene como propia de la Administración, razón por la cual la Administración siempre está en condiciones de recuperar su ejercicio. Para que se justifique una medida judicial de esta especie es menester, como principio, que la Administración haya omitido ejercerlas, y el juez haya establecido que la omisión es ilegítima, haber agotado los mecanismos que el ordenamiento le brinda para compeler

²⁰³ Conf. Mi disertación en el II Encuentro Patagónico con Maestros del Derecho Procesal, que se llevó a cabo en la Localidad de Lago Puelo los días 7, 8 y 9/3/2013. Actividad organizada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut conjuntamente con el Centro Patagónico de Estudio e Investigación de Derecho Procesal, el Colegio Público de Abogados de Esquel y el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia, y el punto 4 de mi voto *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en: Selser, Jorge Guillermo c/GCBA s/amparo”, expte. n° 8772/12, sentencia del 26/12/2013.

el cumplimiento y encontrar que el orden jurídico lo inviste de esta potestad de disponer excepcionalmente medidas de esta especie para sustituir a una administración reticente.

3. Al tiempo que la Cámara dictó la sentencia recurrida estaba vigente la ley 4036, la que acuerda el derecho a un alojamiento (conf. el art. 25, inc. 3º) a aquellas personas que estén, en lo que aquí importa, en la situación de discapacidad que define el art. 23 de esa misma ley (conf. el mencionado voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, al que me remito).

4. Así, junto con la Dra. Conde *in re* “X. F. E., T.”, ya citado, señalamos que la ley no se refiere a cualquier “discapacidad”.

La definición de qué se entiende por personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad viene dada por el art. 23 de la ley en los siguientes términos: “[a] los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condiciones de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestos a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión”.

Como se puede observar la mera presentación de un certificado de discapacidad no basta para acreditar la “discapacidad” a que se refiere la ley, ni la definición transcripta excluye a aquellas personas que no cuenten con el citado certificado, empero acrediten los padecimientos y/o limitaciones a que se refiere el art. 23. Agrega el Legislador que no basta con que se trate de una persona que padezca alguna de las limitaciones físicas, mentales o sensoriales, sino que para quedar incluidas en el grupo beneficiado es preciso que se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia y/o abandono.

Además, no hay que perder de vista que la ley 4036 establece, en consonancia con la ley federal 22.431, la obligación del Gobierno de la Ciudad de llevar adelante acciones que garanticen el cuidado integral de la persona con discapacidad. El art. 22 dice: “[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la ley nacional 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la ley 447”.

A tales fines se prevé que el GCBA “...llevará adelante acciones que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción social” (conf. el art. 25 de la ley); para lo cual establece, entre otras, la necesidad de generar espacios de contención, orientación y/o asesoramiento y generar los mecanismos necesarios para favorecer la inserción laboral, dictar talleres de capacitación y formación laboral (conf. art. 25, especialmente incs. 4º y 6º).

En suma, la asistencia a la persona discapacitada es integral. Esa asistencia debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si la persona discapacitada es un menor, la solución integral no puede llevar a la separación del grupo familiar (conf. el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño).

5. En el *sub lite*, la Cámara sostuvo que el actor es un hombre que padece tanto limitaciones físicas como psíquicas. En particular, dijo que “...padece de EPOC (enfermedad pulmonar obstructivas crónica), [y] es paciente psicológico y psiquiátrico...” (conf. fs. 284vuelta).

A su vez, la Cámara entendió que el actor está en “situación de pobreza” (conf. fs. 284vuelta).

Ninguno de esos hechos viene cuestionado por el GCBA. Tampoco discute la vinculación que el actor tiene con la Ciudad, a la luz de las previsiones de la ley 4036.

5.1. En suma, según el relato del *a quo*, no discutido por el GCBA, el actor está enmarcado en la definición de discapacidad que da el art. 23 de la ley 4036. Ello así, toda vez que padece limitaciones físicas y psíquicas, por un lado, y está por debajo de la línea de indigencia, por el otro.

6. En ese contexto, el GCBA no muestra que la Cámara hubiera resuelto prescindiendo del ordenamiento jurídico vigente al reconocerle al actor el derecho a un alojamiento.

7. En cambio, sí prosperan los planteos que el GCBA dirigió a cuestionar el alcance de la condena impuesta. En efecto, al igual que *in re* “X. F. E., T.”, entiendo que asiste razón al Gobierno recurrente en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que dijera cómo se va atender el derecho que le asiste al accionante.

Por ello, y toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una solución para atender el derecho a la vivienda del aquí actor (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036). La solución deberá tener en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones. Dicha cuestión deberá tramitar, como toda ejecución de sentencia, ante la primera instancia.

Finalmente, vale destacar que la obligación aquí impuesta subsiste mientras perduren los extremos, legales y de hecho, en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar a la queja; revocar la sentencia de Cámara de fs. 281/284 vuelta de los autos principales; y, condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en cuanto al alcance de la condena confirmada por el *a quo*.

2. La Sala II —frente al reenvío de la causa que dispuso este Tribunal a fin de que “los mismos jueces que entendieron en ella se expid[ier]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, conf. la decisión de este Tribunal del 12/7/2010— resolvió, el 17/4/2012, rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia que había condenado al GCBA a que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna al accionante, ello hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia” (conf. fs. 81 del expediente principal).

3. No debe perderse de vista, en tanto ello resulta relevante para efectuar el análisis de la sentencia de la Cámara que, después de dictado el fallo de este Tribunal mencionado anteriormente, la legislación en materia de vivienda se ha visto modificada. En consecuencia, no es posible soslayar la aplicación de las disposiciones ahora vigentes, que modifican la situación con relación a lo ordenado previamente por el TSJ, en tanto sabido es que “en los juicios de amparo, debe atenderse a la situación existente en el momento en que se dicta la sentencia” (conf. CSJN, *Fallos*, 247:466; 249:553; 250:345; 269:31; entre otros).

4. Dentro de este contexto, y considerando las cuestiones de hecho valoradas por la Cámara, resulta aplicable el art. 23 de la Ley 4036, toda vez que el actor es un hombre desempleado, paciente psicológico y psiquiátrico, que padece EPOC, y que se encuentra en situación de vulnerabilidad social (fs. 284 vuelta de los autos principales).

5. No obstante, y de acuerdo con lo que he sostenido en varios precedentes (conf. “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. 10229/13, sentencia del 30/4/2014, entre otros), asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que los jueces han conculcado la división de poderes al condenarlo a que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna al accionante...” sin que, previamente, dijera cómo se va a atender el derecho del amparista.

Es por ello que corresponde otorgar al recurrente la facultad de efectuar una propuesta para atender los derechos que la condena reconoce a la parte actora, teniendo en cuenta la situación de hecho constatada en estas actuaciones.

En este sentido, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs 281/284 vuelta de los autos principales y condenar al GCBA a brindar a la parte actora un alojamiento que reúna al menos las condiciones previstas en esta sentencia, a cuyo fin deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En mi concepto, la queja deducida por el GCBA debe prosperar tan solo parcialmente, por los argumentos que se expondrán a continuación.

2. Mediante el recurso de inconstitucionalidad que aquí se sostiene, el GCBA pretende cuestionar el decisorio emitido por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, como consecuencia del pronunciamiento de este Tribunal que, por mayoría, dispuso el reenvío de las actuaciones a fin de que “...los mismos jueces que entendieron en ella se expid[er]an con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano en la sentencia pronunciada el 12/5/2010 en la causa ‘Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido’, expte. n° 6754/09” —parte dispositiva que acompañe con los alcances resultantes de mi voto y de las consideraciones vertidas *in re*: “Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6153/09, sentencia del 12/5/2010, donde hice un exhaustivo tratamiento de diversas cuestiones vinculadas al programa habitacional controvertido— (fs.166/168 de los autos principales).

En lo que aquí importa, el *a quo* resolvió confirmar la sentencia de grado que declaró la inconstitucionalidad “de la determinación de los plazos de vigencia y/o montos de los programas de asistencia habitacional...” y ordenó al GCBA que “...garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada y digna del accionante, ello hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron su asistencia” (conf. fs. 76/81 y fs. 281/284 vuelta, de los autos principales).

En particular, destacó que el actor “se encuentra desempleado, padece EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica), es paciente psicológico y psiquiátrico y vive actualmente con su cónyuge, en la habitación de un hotel con baño y cocina compartidos. El informe comprueba que percibe una pensión por minusvalidez de \$833 mensuales, \$193 de la tarjeta Ciudadanía Porteña. Percibe asistencia alimentaria y vestimenta por parte de Cáritas y \$850 por la cautelar dictada en autos y que en julio del corriente tramitó el programa de salario y apoyo escolar para su hija menor (por \$220 mensuales). Por otro lado, abona una cuota mensual de \$400 a quienes poseen la guarda temporal

de su hija menor”. Luego, tuvo por probado el “estado de necesidad consecuente de la situación de pobreza —contenida dentro de las preferencias que en la especie determina el texto constitucional—” (fs. 284 vuelta de los autos principales).

Asimismo, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario fundó su decisión en la verificación del estado de necesidad de la parte actora y en la interrelación de la jurisprudencia y normativa que permite el análisis del precedente de este Tribunal “Alba Quintana” y la ley 3706.

3. Puede entenderse que un primer grupo de agravios del GCBA pretende resistir la aludida decisión en cuanto le ordenó mantener en el tiempo la obligación de asistencia en favor de la parte actora, más allá de los plazos que originariamente se habían instituido por las regulaciones otrora vigentes.

Sin embargo, el recurrente no dirige argumento alguno a criticar el razonamiento de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que ordenó el mantenimiento de la asistencia, a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba (por ejemplo, el informe socio ambiental presentado por el GCBA a fs. 273/277 de los autos principales) y de la interpretación de la normativa aplicable al caso.

Es que, más allá del acierto o error de los fundamentos por los cuales los jueces de mérito reconocieron una obligación de asistencia a favor del accionante —sobre la base de tener por probada la situación de vulnerabilidad social que atravesaba, sumada a la peculiar situación de salud—, lo cierto es que el GCBA no prueba el desacierto de ello a la luz de lo establecido en la ley 4036, norma vigente al momento del dictado de la sentencia que se pretende poner en crisis, en cuanto otorga una tutela especial a las personas que tienen una discapacidad —conf. arts. 23 y 25, inc. 3º, ley 4036.

4. Por el contrario, sí se ha logrado acreditar la configuración de una cuestión constitucional en lo que respecta a la alegada vulneración del principio de *división de poderes*. Es que, en la medida en que en la actualidad se encuentra vigente la ley 4036, cuyo art. 25, inc. 3º, obliga al GCBA a “brindar alojamiento” al actor discapacitado en situación de vulnerabilidad, las soluciones para atender el mencionado derecho a la vivienda pueden ser diversas y dependerán del ejercicio de funciones administrativas que no han sido ejercidas aún, más allá de los programas de subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional.

En casos como el *sub examine*, en los que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente a la sanción del régimen legal hoy aplicable, los jueces deberán cuidarse de no invadir las competencias que el Poder Legislativo ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno. Así, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que perentoriamente se pronuncie al respecto.

Por ello, al igual que sostuviera en el precedente *in re*: “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” expte. 10229/13, sentencia del 30/4/2014, la demandada deberá presentar una propuesta, en el plazo que indique el juez de grado, para hacer frente a la obligación legal reseñada, que resulte adecuada a la situación particular del amparista.

Finalmente, vale destacar que la obligación de condena impuesta en autos subsistirá mientras perdure la *situación de vulnerabilidad* de la parte actora en que ella encuentra apoyo.

Por ello, voto por: hacer lugar a la queja y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, revocar la condena dispuesta y, en consecuencia, ordenar al GCBA que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la

obligación de “brindar alojamiento” a la parte actora (conf. el inc. 3º, del art. 25 de la ley 4036) que reúna las condiciones adecuadas a la situación de discapacidad del accionante.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja que dedujera, oportunamente, el GCBA debe ser rechazado.

2. La Sala II declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, con apoyo en que:

- i)* “(...) de los términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba y de las normas que las rigen (como la ley 3706 y dec. 690/06 y modificatorios), todas ellas de carácter infraconstitucional” (fs. 49 vuelta);
- ii)* “(...) la demandada no plantea en forma adecuada un caso constitucional, pues en aquellos pasajes en que intenta vincular sus agravios con normas constitucionales —locales o nacionales— lo hace en forma genérica y sin satisfacer el mínimo de explicación necesario para vincular las normas constitucionales que cita con las circunstancias de la causa” (fs. 50);
- iii)* “(...) el recurso abunda en discrepancias respecto de la manera en que el tribunal valoró la realidad jurídica verificada, y no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que estos cumplen en el fallo atacado” (fs. 50).

3. El quejoso denuncia que la resolución denegatoria es arbitraria y se limita a afirmar que “(...) el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado por la alzada en razón que (*sic*) existía cuestión constitucional suficiente y bastante, habilitando la acción de amparo para cuestiones que carecían de actualidad y vigencia” (fs. 52 vuelta) y que “(...) la alzada ha dictado en autos una sentencia que prescindió de la norma constitucional aplicable (art. 14, CCABA), habiéndose condenado al GCBA, afectándose así de esta manera, la garantía al debido proceso legal adjetivo y derecho a defensa en juicio del GCBA (art. 13 inc. 3 de la CCABA y art. 18 de la C.N.)” (fs. 53).

Los escasos señalamientos de la Ciudad referidos en el párrafo anterior no alcanzan para rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no admitir su recurso de inconstitucionalidad.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

El Gobierno no cumplió siquiera mínimamente con la carga de demostrar el error en el cual, a su juicio, habría incurrido el *a quo* al cerrar su acceso al Tribunal.

En síntesis, las deficiencias de la presentación en examen sellan su suerte adversa e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones expresadas, y de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 52/58).

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

La queja deducida por el GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma —art. 33 de la ley 402— sin embargo, no puede prosperar y debe ser rechazada.

Los agravios expuestos —tal como han sido planteados—, no alcanzan a formular una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el re-

chazo del recurso; ello así, toda vez que: *a)* invocan genéricamente una garantía constitucional afectada —el art. 14 de la CCABA por la falta de acto lesivo— que no logra conectarse adecuadamente con lo resuelto y las razones expuestas que dan fundamento a la sentencia que ataca, *b)* invocan la afectación del debido proceso sin indicar cuáles fueron concretamente las medidas de pruebas de las que se vio privada, así como tampoco referencia su eventual incidencia con relación a lo decidido, *c)* hacen caso omiso sobre las apreciaciones de hecho acreditadas en la causa que sustentan lo resuelto en virtud de lo establecido por la ley 4036, norma que tampoco ataca en su anclaje constitucional, y *d)* no explicitan ni fundan adecuadamente en donde radica la arbitrariedad de lo decidido, así como tampoco por qué lo resuelto reviste gravedad institucional.

Entiendo aplicable *mutatis mutandi* la doctrina de la CSJN en lo concerniente a los fundamentos que deben expresar las quejas por recursos denegados —véase *Fallos*, 287:237; 298:84; 302:183; 311:133, 2338 entre otros.

Debe recordarse también aquí que la tacha de arbitrariedad “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende solo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —conf. *Fallos*, 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376 entre otros.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la “gravedad institucional” invocada no aparece respaldada con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o los principios institucionales básicos de la Constitución Nacional —conf. *Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240 y sus citas.

Sobre tales premisas, debe concluirse que el tribunal a quo arribó a una solución jurídicamente posible, con fundamentos y base suficientes, no logrando los agravios vertidos evidenciar deficiencias lógicas o de fundamentación en el pronunciamiento atacado que impidan considerarlo como una “sentencia fundada en ley”, en la inteligencia establecida por los arts. 17 y 18 de la C.N.

Por todo lo expuesto, en concordancia con lo opinado por Fiscalía General corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* parcialmente la queja y, con el mismo alcance, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 281/284 vuelta de los autos principales y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones previstas en esta sentencia.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCXCIX - JUÁREZ, MARÍA ASUNCIÓN C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.085/13 - 4/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 388/404) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia que hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento; en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 358/361; 371).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)", expte. 30133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n°13817/0, el 13/10/06, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación

de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales.

3. En el recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 388/404), la parte recurrente sostuvo que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva, al decidir en una única sentencia numerosas causas en las que se ventilaban cuestiones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, y sin haber sido notificada de tal acumulación.

También se alegó que la Cámara, en lo que respecta al monto de la obligación reconocida, se apartó sin fundamento de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor a los que allí se establecían. Esgrimió que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, n° 960/08 y n° 167/11.

4. La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo denegó respecto de los restantes planteos (fs. 428/429 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 453/459). A su turno, el Sr. Fiscal General propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 463/475 vuelta).

6. A fs. 481 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCaYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició éstas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna; y *ii)* es una mujer sola, a cargo de tres menores de edad, que se encuentra en *situación de vulnerabilidad* y que está en situación de calle (fs. 243/247). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad.

2. En el caso, el GCBA pretende resistir el decisorio de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó, en los términos ya reseñados en las “resulta”, la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda.

Ahora bien, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, lo cierto es que, por el modo en que fijó la condena ya reseñada, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios.

3. En este contexto, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado se vincula al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora planteada; asunto que resulta sustancialmente similar al abordado por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la

garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC²⁰⁴) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática ha-

²⁰⁴ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

bitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C.,L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2°) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4°, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atraviesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la *ley 4036* (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de

parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1º/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina²⁰⁵—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1ª sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1ª sec-

²⁰⁵ Véase CASÁS, José O.: “La insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

ción, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e institu-

ciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que “...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”. A demás que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 361).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obli-

gación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,²⁰⁶ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que me remito).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, de fecha 26/9/12, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3º, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. El *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer que tiene tres hijos menores de edad a su cargo; carece de contención familiar; no tiene un empleo formal y está en una situación económica precaria. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6º de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras se mantenga la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 358/361 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificato-

²⁰⁶ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

rios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una

mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. *Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:*

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen "...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia..." comprensivo de la "vivienda adecuada", así como del derecho a una "mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional "...en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos "Giroldi" (*Fallos*, 318:514), "Aquino" (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y "Espósito" (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: "el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención" (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas "Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación", sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural²⁰⁷.

²⁰⁷ "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada....”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

Asimismo, el Comité opinó que "...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada".

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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" (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que "[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"— lo que sigue: "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una

de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.*

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.*

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado

debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”²⁰⁸ o “Sejean”²⁰⁹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolozá” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

²⁰⁸ 347 Scotus 483 (1954).

²⁰⁹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolozá” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de

derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 358/361 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por ese decreto mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCC - ESQUIVEL, EVA DEMETRIA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

Expte. SACAyT n° 10.551/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió confirmar la de primera instancia, e hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el consideran-

do IX de su pronunciamiento, en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones" (fs. 264 vuelta; fs. 274).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada "Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 30133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa "Mansilla, María Mercedes c/GCBA", expte. n° 13817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo", sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente "Alba Quintana" del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales (fs. 261/264 vuelta; fs. 274).

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 286/301 vuelta) el GCBA sostuvo, en primer lugar, que la Cámara pasó por alto las constancias de la causa e invadió la zona de reserva de los poderes legislativo y ejecutivo.

También se agravó porque el *a quo*, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento alguno de las normas y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor al que allí se establecía. Adujo que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a tra-

vés de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA) y lo rechazó respecto de los restantes planteos (fs. 358/359 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 364/370 vuelta). A su turno, la Sra. Fiscal General Adjunta propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 373/376 vuelta).

6. A fs. 384 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos.

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCAT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad concedido:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que "...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso". Además que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 264).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC,²¹⁰ el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y."). La CSJN tiene dicho al respecto "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos

²¹⁰ Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T.c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite*, los jueces de mérito señalaron que la parte actora es una mujer con dos hijos menores de edad a su cargo, que está en situación de calle y que carece de recursos para salir de esa situación.

Esos extremos no vienen controvertidos. Ello así, toda vez que lo que el GCBA manifiesta es que la parte actora está en condiciones de generar recursos, pero no cuestiona la afirmación de la Cámara con arreglo a la cual carecería de ellos. Así, cualquiera sea la relevancia de esa cuestión, lo cierto es que su tratamiento resulta propio de la primera instancia, y ajeno a la competencia del Tribunal.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el Legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 261/264 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Un primer grupo de planteos del GCBA pretende resistir la decisión del tribunal *a quo* que le ordenó mantener la obligación de asistencia en favor de la parte actora por entender que esta se encontraba dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras [conf. reglas contenidas en la Constitución nacional y de la Ciudad y aquellas establecidas por el Legislador local; y la doctrina sentada en el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010].

Ahora bien, estos agravios no permiten habilitar la vía intentada, por los motivos que se expondrán a continuación. Por un lado, interesa destacar que el recurso de inconstitucionalidad fue denegado en lo que a la alegada arbitrariedad de la sentencia

se refiere y que esos argumentos no fueron mantenidos por la interesada mediante la presentación de la correspondiente queja. Por su parte, aun en el caso que estos planteos pudieran entenderse comprendidos dentro de aquellos por los cuales el remedio extraordinario fue concedido —por encontrarse inescindiblemente ligados—, lo cierto es que estos no configuran un caso constitucional en la medida que los jueces de la causa entendieron que la demanda fue planteada por la Sra. Eva Demetria Esquivel y su grupo familiar y arribaron al decisorio reseñado a partir de la valoración de aspectos de hecho y prueba relativos a su situación y, por su parte, la demandada no ha logrado demostrar que esas conclusiones incurran en un desacierto de gravedad extrema en ese punto sino que tan solo formula manifestaciones genéricas en sentido discrepante.

Así entonces, en la medida que el fundamento que sostiene el pronunciamiento resistido en este aspecto —vinculado a la situación prioritaria de la parte actora— permanece incólume, no se ha logrado acreditar la relación directa e inmediata entre las normas constitucionales invocadas y lo resuelto en autos. Tampoco mostró, a fin de desvirtuar lo afirmado respecto de la situación prioritaria en la que se encontraría la accionante, que aplica los recursos estatales a subsidiar a personas que están en una situación preferente, por padecer una mayor necesidad —medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular—.

2. Por su parte, existe otro grupo de agravios que se dirige a cuestionar el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a decidir de manera implícita la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el art. 5° del dec. 690/06 y sus modificatorios. El GCBA pretende resistir el alcance de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”.

3. En este contexto, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado resulta así sustancialmente similar a la abordada por este Tribunal *in re*: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. En el precedente “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;

- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso—.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna* a) tienen un alcance peculiar en tanto “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” y b) exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales a) realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES²¹¹) y b) destinen

²¹¹ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDES^C, el destacado no obra en el texto original).

de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros si amparo’; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobier-

no de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; B.881.XLVII. 'Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo'; C.74.XLVII. 'C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido'; C.80.XLVII. 'C., L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)'; C.764.XLVII. 'C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; C.766.XLVII. 'C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; D.127.XLVII. 'Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F. 60. XLVII. 'Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; F.305.XLVII. 'Francia, Maria Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.192.XLVII. 'G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.416.XLVII. 'Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G. 880. XLVI. 'G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; G.943.XLVI. 'G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo'; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: "Q.C.S.Y." y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: "Alba Quintana", el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución "...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de "emergencia habitacional" (art. 2º) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA "[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda..." (art. 4º, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1º), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2º de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3º, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3º, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley 4036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la ley 4036 (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por ley 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina²¹²—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según al-

²¹² Véase CASÁS, José O.: “la insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

gunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el inc. 2º, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el inc. 8º al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del inc. 2º del mismo artículo; c) el inc. 19, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el inc. 22, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el inc. 23 al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el

pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, *Evangelii Gaudium*”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangelización”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Tolozá, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Tolozá”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General nº 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.²¹³

²¹³ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, commensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identi-

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiente en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

dad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]*’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2° del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan*...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponi-

bles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...”.

En la causa “Toloza” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”²¹⁴ o “Sejean”²¹⁵ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

²¹⁴ 347 Scotus 483 (1954).

²¹⁵ *Fallos*, 308:2268 (1986).

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolosa” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, emitido el dictamen por al Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 261/264 vuelta y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCCI - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUR DE LA CABA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ROMERO, CRISTIAN JOSÉ MARÍA S/INFR. ART(S). 149 BIS, AMENAZAS - C.P. (P/L 2303)

Cámara de Apelaciones. Facultades de las Cámaras de Apelaciones. Deberes y facultades del juez. Tribunal colegiado. Voto de los jueces. Sentencia: definición, requisitos. Principio de inmutabilidad: efectos. Proceso penal. Nulidad de oficio. Facultades jurisdiccionales: alcances. Caso concreto. Recurso de reposición. Admisibilidad del recurso: requisitos.

SUMARIOS:

1. Si bien por vía reglamentaria —y a los fines de organizar una mejor distribución del trabajo entre los camaristas— la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional

y de Faltas ha establecido que el juez elegido presidente deberá ser reemplazado como vocal de Sala, el incumplimiento de esa regla en el caso, no puede acarrear la nulidad de oficio, de uno de los votos de la sentencia. No estaba en juego ninguna cuestión de jurisdicción ni de competencia que pudiera hacer dudar de la condición cabal de juez de la Ciudad que la vocal interviniente revestía al momento de actuar como tal. (*Voto de la juez Inés M. Weinberg*).

2. Los pronunciamientos jurisdiccionales encuentran condicionamientos en requisitos de fuente constitucional. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

3. La actuación jurisdiccional (con algún matiz en relación a la que a este Tribunal le viene encomendada por la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad y la resolución de conflicto de poderes, conf. art. 113, incs. 1º y 2º, CCABA) supone la presencia de una causa judicial (art. 106, CCABA y 116, C.N.) —es decir, una controversia entre dos partes adversarias que se disputan la titularidad de un derecho, a cuyo conocimiento pueden avocarse los jueces en la medida de la competencia fijada por el legislador (conf. arts. 106, 107 y 80, inc. 1º, CCABA). (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

4. El principio de inmutabilidad de sentencia impide que, una vez notificada, esta sea modificada por el Tribunal del que emanó. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

5. La Cámara no tiene competencia acordada por la ley para revisar sus propios pronunciamientos, salvo el margen que libran el recurso de reposición que, por definición, no podría ir contra la definitiva (art. 277, CPP) o la corrección de errores materiales (art. 45, CPP). (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

6. Cuando el art. 71 del CPP establece que “[d]eberán ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso por el tribunal interviniente, las nulidades de los actos que impliquen violación de garantías constitucionales”, no faculta a reconocer de oficio defectos o supuestos defectos en la aplicación de reglamentos. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

7. La Cámara no puede disponer la nulidad de un voto de los que confluyeron a integrar la sentencia de él emanada. El hacerlo supone obrar por fuera de los márgenes para los que se encuentra habilitada su jurisdicción. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

8. Las sentencias constituyen una unidad lógico-jurídica que conforman un único acto. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

9. Del mismo modo que cada argumento que sostiene una sentencia no constituye, en su individualidad, un acto jurídico, la voluntad (expresada mediante voto, o impersonalmente en la sentencia) de cada uno de los jueces que confluyen a la solución tampoco lo es. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

10. No es posible declarar la nulidad de uno de los votos de la sentencia, sin declarar la de la sentencia, porque, la voluntad expresada de cada uno de los jueces no constituye un acto procesal independiente del pronunciamiento en el que se encuentra inserto; y la jurisdicción de la alzada no está habilitada para que sean emitidos votos, o en general expresadas voluntades, sino para que se dicte sentencia, aunque la existencia de esta supone (requiere) la de aquellas. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

11. La sentencia tiene que ser fruto de la deliberación y voto de los integrantes de la Sala interviniente (conf. art. 28 de la ley 7 —Ley Orgánica del Poder Judicial—). (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

12. No es posible desmembrar la sentencia e integrarla con otro voto. Si una sentencia está viciada, debe ser reemplazada por una nueva. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

13. Luego del dictado de una “sentencia definitiva” el ámbito legal de actuación de la Cámara, como tribunal superior de la causa y frente a la articulación de un recurso de inconstitucionalidad, debe circunscribirse únicamente al examen y decisión sobre la admisibilidad de esa clase de remedio procesal mediante resolución debidamente

fundamentada (art. 28, ley 402 —Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad—). (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

14. El tribunal *a quo* de ninguna manera puede caer en el abuso de avanzar por su propia voluntad en el ejercicio de facultades jurisdiccionales en un sentido contrario al que le marca la ley a la cual se encuentra subordinada su intervención. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

Expte. SAPCyF n° 10.423/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Sr. Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas acude en queja ante el Tribunal (fs. 387/397) contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que había deducido, a su turno, contra la resolución (fs. 356/361) mediante la cual la mencionada Sala declaró, de oficio, la nulidad del voto que la jueza Marta Paz había emitido el 10/5/2013 y dispuso que el juez Delgado lo hiciera en su reemplazo.

Cabe aclarar que la apelación que habilitó la competencia de la Cámara había sido interpuesta por la defensa de Cristian José María Romero contra la sentencia (fs. 167/200) que había condenado al nombrado como autor del delito de amenazas a la pena de un (1) año de prisión. La Sala III confirmó, por mayoría y con el voto de la Dra. Paz, dicho pronunciamiento (fs. 319/332) que, a su vez, fue impugnado por la defensa oficial por vía de un recurso de inconstitucionalidad. En ese contexto, y cuando debía expedirse sobre la admisibilidad de dicho remedio procesal, la Sala, con una nueva integración, dictó la resolución indicada en el párrafo anterior.

2. La fiscalía, en su recurso de inconstitucionalidad, sostuvo que la resolución que había declarado nulo el voto de la mencionada camarista era equiparable a una sentencia definitiva porque privaba de todos los efectos, en forma permanente y definitiva, a la resolución en la que había intervenido como jueza. Asimismo, tildó de arbitraria a la decisión de la Cámara y sostuvo, resumidamente, que afectaba las garantías del debido proceso, del juez natural e imparcial y, a la vez, provocaba una situación de gravedad institucional que afectaba la seguridad jurídica y la correcta administración de justicia (fs. 364/370).

3. La Cámara lo declaró inadmisibile porque entendió, por mayoría, que el Ministerio Público Fiscal no se encontraba legitimado para interponerlo y, en todo caso, porque tampoco había planteado un caso constitucional (fs. 376/386).

4. El Sr. Fiscal General, al tomar intervención, consideró que correspondía declarar admisible la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar el pronunciamiento atacado (fs. 402/407).

FUNDAMENTOS:

La juez INÉS M. WEINBERG dijo:

1. La presente queja resulta admisible porque fue deducida en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) y contiene una crítica concreta de la resolución recurrida. Por lo demás, y como ya lo ha declarado el Tribunal en innumerables oportunidades, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para la interposición del recurso de incons-

titucionalidad (conf. mi voto, en sentido coincidente, en “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Aman, Horacio Jorge s/infr. art(s) 150, violación de domicilio’”, expte. n° 9179, resolución del 4/12/2013).

2. El recurso de inconstitucionalidad también tendrá acogida favorable, en tanto el Ministerio Público Fiscal ha logrado plantear un caso constitucional.

En autos se ha afectado gravemente el desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCABA). Los magistrados intervinientes han transgredido el margen de actuación que el art. 106 de la CCABA libra a los jueces para resolver las “causas” que son puestas a su consideración.

En efecto, con fecha 10/5/2013, la Sala III integrada por los jueces Franza, Paz y Manes dictó sentencia confirmando la condena de un año a Cristian Jose María Romero por el delito de amenazas simples (art. 149 bis, C.P.). Con dicho pronunciamiento se agotó la *potestad cognoscitiva* del tribunal que lo dictó para expedirse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de primera instancia. En otras palabras, con posterioridad al dictado de la mencionada sentencia, la Sala III de la Cámara de Apelaciones —cualquiera fuera su integración— perdió su jurisdicción para decidir sobre lo que fue materia de agravios por parte de la defensa. Por lo tanto, el pronunciamiento de la Sala III integrada por los jueces Franza, Manes y Delgado de fecha 29/8/2013 que, al tratar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, dispuso anular el voto de la Dra. Paz importó una extralimitación jurisdiccional grave por parte de los magistrados que así lo decidieron.

Además, el art. 28 de la ley 402 claramente prescribe que, contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decide sobre la *admisibilidad* del recurso de inconstitucionalidad, en resolución debidamente fundamentada (el resaltado me pertenece). Los jueces intervinientes, por lo tanto, debían expedirse sobre la admisibilidad del recurso interpuesto, en el cual la defensa alegaba la afectación de los principios de inocencia e *in dubio pro reo*, en tanto la Cámara había efectuado una valoración arbitraria y parcial de la prueba producida (fs. 335 vuelta), y que la sentencia no era una derivación del derecho vigente, ni se encontraba fundada (fs. 336 vuelta y 337).

3. Por otra parte, deviene necesario resaltar que la aplicación de manera inoportuna del reglamento interno de la Cámara (que, en su art. 2, establece que el juez elegido presidente, mientras dure su mandato, “será reemplazado como vocal de Sala” por otro camarista) en modo alguno puede contrariar lo establecido por el Código Procesal Penal de la Ciudad.

El mismo, en su art. 282, prescribe: “Radicado el recurso en la Cámara de Apelaciones, se hará saber a las partes el Tribunal interviniente. (...)”. Por su parte, el art. 24 establece que la recusación de alguno de los miembros de la Cámara podrá ser interpuesta “en la primera presentación ante esa instancia” (inc. 3).

En autos, con fecha 15/2/2013 se hizo saber a las partes que intervendría la Sala III integrada por los jueces Manes, Franza y Paz (fs. 290) y no se interpusieron recusaciones ni hubo excusaciones. Fueron estos jueces quienes el día 2/5/2013 llevaron adelante la audiencia prevista por el 284 del CPPCABA (fs. 318) y subsecuentemente suscribieron la sentencia de Cámara del 10/5/2013. Por lo tanto, es esa la integración de la Sala III que revestía el carácter de Tribunal interviniente y juez natural para conocer en el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de primera instancia. En esas condiciones, la modificación de la integración de la Sala que tuvo lugar en autos resulta a todas luces inadmisibile.

4. Por último, debo agregar que tampoco se advierte en la sentencia dictada con la participación de la Dra. Paz ningún vicio que pudiera afectar su validez (en todo caso a toda la sentencia y no solo a su voto, como se decidió) a la luz de lo establecido en el art. 72 del CPPCABA, que regula las nulidades de orden general.

Si bien por vía reglamentaria —y a los fines de organizar una mejor distribución del trabajo entre los camaristas— la Cámara ha establecido que el juez elegido presidente deberá ser reemplazado como vocal de Sala y en autos dicha regla interna no ha sido cumplida, es evidente que esa circunstancia no puede acarrear semejante consecuencia invalidante. En definitiva, no estaba en juego, ninguna cuestión de jurisdicción ni de competencia que pudiera hacer dudar de la condición cabal de juez de la Ciudad que la Dra. Paz revestía al momento de actuar como vocal de la Sala III en el pronunciamiento del 10/5/2013.

5. En consecuencia, voto por hacer lugar a los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal, dejar sin efecto la resolución de fs. 356/361 y ordenar que jueces distintos a los intervinientes se expidan respecto de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Cristian José María Romero a fs. 334/343.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

I. La decisión que viene cuestionada dispuso, en el marco del recurso de inconstitucionalidad planteado por la Defensa contra la sentencia definitiva: “I. *Declarar la nulidad* del voto de la Dra. Marta Paz emitido el día 10/5/2013 en los presentes actuados// II. *Remitir* las actuaciones a la vocalía de Sergio Delgado a fin de que emita su voto”.

La actuación impugnada resulta revisable en esta instancia, pues constituye un apartamiento palmario del fallo definitivo recaído en esta causa (*Fallos*, 187:628; 147:379; 190:139; y 194:40; entre otros), arrogándose una competencia revisora manifiestamente ajena a los jueces que la suscriben.

Asimismo, por las razones que di *in re* “Ministerio Público —Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Parga, Daniel Ezequiel s/infr. art. 189 bis C.P. —Portación de arma de fuego de uso civil’” (expte. n.º 6165/08, resolución del 20/10/2009), y “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Woloszinsky, Sergio Daniel s/infr. art. 149 bis, amenazas, C.P.’” (expte. n.º 9906/13, resolución del 14/8/2014), a las que me remito, asiste razón al MPF en cuanto controvierte la opinión en que el *a quo* buscó apoyo en la denegatoria con arreglo a la cual el fiscal no estaría legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad.

2. Sentado lo anterior, acompaño el voto de la jueza Inés M. Weinberg, en cuanto allí señala que la decisión cuestionada refleja un exceso jurisdiccional que descalifica el pronunciamiento impugnado. Sin perjuicio de ello, entiendo conveniente agregar algunas consideraciones.

3. Primeramente, vale la pena tener presente ciertos datos que se desprenden de la causa y no vienen controvertidos:

- Con fecha 28/12/2012 fue recibida la causa en la Cámara de Apelaciones en lo Penal Contravencional y de Faltas, y se asignó su conocimiento a la Sala III (véase fs. 253 vuelta de los autos principales).
- Recibidas las actuaciones en la Sala III de la Cámara Penal Contravencional y de Faltas, con fecha 15/2/2013 se dispuso hacer saber a las partes que intervendría dicha Sala, integrada por los jueces Manes, Franza y Paz (fs. 258 de los autos principales).

- Con fecha 2/5/2013 fue celebrada la audiencia prevista en el art. 284, CPP, según el cual “[l]a audiencia [se refiere al supuesto contemplado en el art. 283, CPP, que prevé que si el recurso de apelación fuera deducido contra una sentencia definitiva o auto equiparable se fijaría una audiencia dentro de los 15 días de restituidas las actuaciones] se celebrará el día fijado con asistencia de todos/as los/as Jueces/zas de la Cámara que deban dictar sentencia y las partes interesadas”; a cuyo fin, la Sala estuvo integrada por los jueces Franza, Paz y Manes (fs. 287 de los autos principales).
- Con fecha 10/5/2013 la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (integrada por los jueces Franza, Paz y Manes) resolvió el recurso de apelación que había sido deducido por la Defensa contra la sentencia de primera instancia por cuyo intermedio se había resuelto condenar al imputado a la pena de un año de prisión. En esa ocasión, la Sala III confirmó, por mayoría conformada por el voto de los jueces Franza y Paz, dicha condena (véase fs. 289/302 de los autos principales), y remitió con fecha 20/5/13 las actuaciones a la Defensoría a fin de que se notificara, habiendo sido recibidas con fecha 21/5/2013 (véase fs. 304 de los autos principales).
- Contra esta última decisión la defensa dedujo, el 4/7/2013, recurso de inconstitucionalidad (fs. 305/314 de los autos principales), a propósito del cual, una vez contestado el traslado por la Fiscalía (fs. 316/320 de los autos principales), a fs. 321 de los autos principales el juez Franza hizo saber a las partes que, teniendo en cuenta que la jueza Marta Paz se encontraba desde el 1/1/2013 en ejercicio de la Presidencia de la Cámara, correspondía proceder de acuerdo al art. 2 del Reglamento para la Jurisdicción del Fuero y, en consecuencia, reemplazar por el último camarista incorporado, por lo que el Tribunal quedaría integrado por los jueces Franza, Manes y Delgado (providencia del 8/8/2013, cuya constancia de notificación a las partes se encuentra glosada a fs. 324/325 de los autos principales).
- La presentación del mencionado recurso de inconstitucionalidad motivó que volviera a intervenir la Sala III. Sin embargo, en ocasión de ser convocada a resolver acerca de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, la Sala (integrada en esta oportunidad, como quedó dicho, por los jueces Franza, Manes y Delgado) resolvió, mediante el voto de los jueces Manes y Delgado, declarar de oficio la nulidad del voto que la jueza Paz había emitido en el acuerdo de fecha 10/5/2013; y ordenó remitir las actuaciones a la vocalía del juez Delgado a fin de que emitiese su voto, que vendría a integrar el mencionado pronunciamiento de fecha 10/5/2013 —voto individual que efectivamente emitió con fecha 25/4/2014 (véase fs. 364/367) .
- Finalmente, contra esta última decisión la Fiscalía dedujo recurso de inconstitucionalidad, denegado por la Cámara a fs. 347/357 de los autos principales. En esa ocasión, la jueza Manes señaló, a propósito de las objeciones que el Fiscal formuló en su recurso, que “...no existe óbice legal ni constitucional alguno para declarar la nulidad parcial de la sentencia máxime cuando el vicio nulificante afectó solo una parte de ella, en el caso el voto de la Dra. Marta Paz” (fs. 350 vuelta de los autos principales) y “[e]n cuanto al cuestionamiento vinculado al fraccionamiento del acuerdo primigenio presuntamente celebrado para adoptar la decisión recaída en autos el día 10/5/2013 debo destacar que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, nunca existió acuerdo alguno de los/as magistrados/as intervinientes para deliberar en torno

a la cuestión de fondo sometida a estudio del tribunal o al menos nunca fui convocada para ello, motivo por el cual el agravio incoado carece de fundamentos: no puede cuestionarse el fraccionamiento de un acuerdo que nunca existió...” (fs. 351 vuelta/352 de los autos principales).

4. Como anuncié en el punto 2 de este voto, el modo en que resolvieron los jueces de mérito importó quebrar dos reglas básicas del ejercicio de la función jurisdiccional: *i*) límite a la jurisdicción de la Cámara; *ii*) la sentencia como unidad lógico-jurídica que conforma un único acto.

5. En cuanto a lo primero, los jueces no estamos convocados a resolver cualquier cuestión, ni más de una vez lo mismo. Los pronunciamientos jurisdiccionales encuentran condicionamientos en requisitos de fuente constitucional. Así, la CCABA organiza su judicatura instituyendo, al modo de otras de su especie, un Tribunal Superior, cuyas competencias establece en el art. 113, y facultando a la Legislatura a crear cargos de jueces y encomendarles resolver las causas del art. 106 según reglas de reparto por ella concebidas. En este orden de ideas, la actuación jurisdiccional (con algún matiz en relación a la que a este Tribunal le viene encomendada por la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad y la resolución de conflicto de poderes, conf. art. 113, incs. 1º y 2º, CCABA) supone la presencia de una causa judicial (art. 106, CCABA y 116, C.N.)—es decir, una controversia entre dos partes adversarias que se disputan la titularidad de un derecho (conf. *mutatis mutandi Fallos*, 2:253; 12:372; 184:358; 307:2384; 308:1489; 310:2342, entre muchos otros)—a cuyo conocimiento pueden avocarse los jueces en la medida de la competencia fijada por el legislador (conf. arts. 106, 107 y 80, inc. 1º, CCABA).

En ejercicio de las atribuciones mencionadas, la Legislatura dictó, en lo que ahora importa, la ley 7, fijando los Tribunales que componen el Poder Judicial de esta Ciudad y dotándolos de competencias que, a su vez, se ven nutridas, entre otras, con las reglas del CPP (que organiza, en su materia, el modo en que deben tramitar la clase de procesos de que se ocupa) y de la ley 402 (que reglamenta los recursos y procesos cuya decisión compete a este Tribunal). El juego de la ley 7 y del CPP define la medida en que los Tribunales de las distintas instancias tienen abierta su jurisdicción. Así, la medida en que la Cámara puede obrar cuando es convocada como Tribunal de alzada (art. 276 CPP); mientras que el juego de las leyes 7 y 402, fija la distribución de competencias, en lo que ahora importa, respecto de la medida de análisis del recurso de inconstitucionalidad que corresponde al tribunal superior de la causa, en el caso, la Cámara (que limita a establecer si es admisible o inadmisible el recurso) y la de análisis de este Tribunal (que abarca alguna medida de revisión de la concesión o denegatoria y, en su caso, la revisión de la sentencia definitiva o equiparable a tal, cuestionada). De este modo quedó delineada por el legislador la organización de la judicatura, poniendo en ejercicio al Poder Judicial.

Dictada sentencia, esta se convierte, como principio, en inmutable, cualidad que adoptaría definitivamente si, transcurridos los plazos respectivos desde que fuera notificada, las partes no la objetaran, en cuyo marco pasaría en autoridad de cosa juzgada. El principio de inmutabilidad de sentencia impide que, una vez notificada, esta sea modificada por el Tribunal del que emanó. Entre la emisión y la notificación, las modificaciones son excepcionales y reducidas a “...rectificar cualquier error u omisión material contenido en las resoluciones, siempre que ello no importe una modificación esencial de las mismas, dentro de los tres (3) días de dictadas” (conf. el art. 45, CPP). Explica Couture que “[e]l motivo de esta solución estaba dado en los textos clásicos cuando se decía que ‘el juez que una vez pronunció la sentencia, deja de ser juez; él que una vez

condenó en más o menos, no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez desempeñó bien o mal su oficio' [...] La ley ha instituido aquí una preclusión respecto del magistrado. Dictada la sentencia definitiva, se extingue para el juez el poder jurídico de su enmienda" (Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, T. III, Buenos Aires, Depalma, Tercera Edición, 1998, p. 329/330). Las razones de esta preclusión son constitucionales, por lo que es pertinente la cita aunque esté primordialmente referida a los procesos y jueces civiles.

Sentado ello, no viene controvertido que el *a quo* hubiese sido convocado a resolver el recurso de apelación de la Defensa, contexto en el cual se pronunció en el sentido relatado en el punto 3 de este voto, resolviendo el recurso. Con esa decisión quedó agotada la jurisdicción de la Cámara a ese respecto, es decir, aquellos planteos que le habían sido propuestos con la apelación quedaron resueltos, y precluyó así la oportunidad para pronunciarse sobre la materia controvertida, en tanto la causa se desprendió del conocimiento de la Cámara; conocimiento que solamente podría renacer, limitadamente, si, fruto de la revisión que a este Tribunal le viene encomendada, la sentencia fuera revocada y devuelta la causa para que un nuevo pronunciamiento resolviera la apelación o en el muy excepcional supuesto de la revisión del art. 297 del CPP, salvo que, por su intermedio se cuestionara la legalidad de la sentencia (supuesto en el cual intervendría el Tribunal que siguiera en orden de turno, conf. el art. 300 CPP). Sin embargo, la apertura de una competencia de aquella especie supone que un Tribunal superior revisó la sentencia y la revocó.

La Cámara, en cambio, no tiene competencia acordada por la ley para revisar sus propios pronunciamientos, salvo el margen que libran el recurso de reposición que, por definición, no podría ir contra la definitiva (art. 277, CPP) o la corrección de errores materiales (art. 45, CPP). A este respecto, el art. 33 de la ley 7 es claro al establecer que "[l]a Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas está integrada por diez (10) jueces y juezas y funciona dividida en tres (3) salas de tres (3) jueces y juezas cada una y un presidente. *Es tribunal de alzada respecto de las resoluciones dictadas por los jueces y juezas en lo penal, contravencional y de faltas*", a lo que habría que agregar que obra como revisora de la primera condena impuesta por otra de las Salas de la Cámara (art. 290, CPP), mientras que, obviamente, no es Tribunal de alzada de sus propias sentencias, menos aún revisora espontánea. En este orden de ideas, cuando el art. 71, CPP establece que "[d]eberán ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso por el tribunal interviniente, las nulidades de los actos que impliquen violación de garantías constitucionales", no faculta a reconocer de oficio defectos o supuestos defectos en la aplicación de reglamentos. Es preciso, en cambio, interpretar esa previsión en el contexto del sistema jurídico del que forma parte y al que busca tornar operativo, a partir del cual no podría, v. gr., avanzar sobre la cosa juzgada; así como tampoco, en un sentido más amplio, resucitar por esa vía la jurisdicción agotada o modificar los límites de la intervención suscitada: cuando la ley se refiere a "tribunal interviniente" supedita la revisión a la medida de la intervención, si el Tribunal estuviera convocado a resolver la apelación contra el rechazo de un planteo de prescripción, no podría declarar la nulidad del allanamiento de morada —salvo que ello fuera presupuesto para avanzar en la intervención pretendida—, y si la intervención del Tribunal se hubiera agotado porque ya emitió el pronunciamiento que le había sido requerido no podría revisar esa decisión, como no podría avocarse al conocimiento de una causa en trámite ante la primera instancia, no podría tampoco arrogarse la revisión de sus propios pronunciamientos, al margen de los supuestos contemplados por la ley,

pues la posibilidad de declarar nulidades de oficio no supone eliminar los límites que a la jurisdicción de los Tribunales imponen la Constitución y la ley.

Desde la perspectiva que brindan las consideraciones anteriores, el *a quo* no pudo disponer la nulidad de un voto de los que confluyeron a integrar la sentencia de él emanada (acerca de la nulidad del voto, y no de la sentencia, me ocupó en el acápite siguiente); el hacerlo supuso obrar por fuera de los márgenes para los que se encontraba habilitada su jurisdicción.

Lo dicho, en suma, conduce a revocar el pronunciamiento objetado, y devolver la causa para que, jueces distintos a los que intervinieron (art. 76, CPP), se pronuncien acerca de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad de fs. 334/343, entablado por la Defensa.

6. Desde un ángulo distinto, pero complementario, la solución a que arribó el *a quo*, de anular un voto y disponer la remisión del expediente a la vocalía del juez Delgado con el fin de que emitiera un voto que integre la sentencia, es insostenible.

Las sentencias constituyen una unidad lógico-jurídica (*Fallos*, 304:590, 306:2173, 308:139, entre mucho otros) que conforman un único acto. Ese acto, la sentencia, existe una vez que se encuentran reunidos los votos suficientes, de acuerdo a la ley. Del mismo modo que cada argumento que sostiene una sentencia no constituye, en su individualidad, un acto jurídico, la voluntad (expresada mediante voto, o impersonalmente en la sentencia) de cada uno de los jueces que confluyen a la solución tampoco lo es. También a este respecto, explica Couture que "...reunidos los tres votos de sus titulares, el Tribunal ha hecho sentencia// La sentencia es, en primer término, un acto jurídico. El acto jurídico consiste en que tres agentes del poder público, en el ejercicio de sus facultades y de sus deberes, aúnen sus voluntades en el sentido de determinada solución: la confirmación, la revocación, la reforma o la anulación del fallo recurrido" (Couture, Eduardo J., *Estudios de...*, ob. cit., p.307).

El art. 28 de la ley 7 dispone que "[l]as decisiones de las Cámaras de Apelaciones o de sus salas se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de los jueces y juezas que las integran, siempre que estos/as concordaren en la solución del caso. Si hubiere desacuerdo se requieren los votos necesarios para obtener mayoría de opiniones si se tratare de sentencias definitivas en procesos ordinarios, se dictan por deliberación y voto de los jueces y juezas que las suscriben, previo sorteo de estudio. En las demás causas, las sentencias pueden ser redactadas en forma impersonal".

6.1. La nulidad declarada impone establecer varias precisiones:

i) En primer lugar, no es posible declarar la nulidad de uno de los votos de la sentencia, sin declarar la de la sentencia, porque, como dije, la voluntad expresada de cada uno de los jueces no constituye un acto procesal independiente del pronunciamiento en el que se encuentra inserto; y la jurisdicción de la alzada no está habilitada para que sean emitidos votos, o en general expresadas voluntades, sino para que se dicte sentencia, aunque la existencia de esta supone (requiere) la de aquellas pues, como señalé en el punto anterior, la sentencia tiene que ser fruto de la deliberación y voto de los integrantes de la Sala interviniente (conf. art. 28 de la ley 7). Del mismo modo que no es posible declarar viciada la voluntad de una de las partes en un contrato, sin declarar la nulidad del contrato a cuya formación confluyó, tampoco puede ser declarada la de la expresión de voluntad de un juez sin hacerlo respecto de la sentencia (incluso, si la voluntad estuviera viciada, pero no hubiera concurrido a formar mayoría, o la solución se sostuviera aun sin computar ese voto, es decir, si el voto viciado no proyectara efecto alguno sobre los válidos, no tendría lugar declaración alguna de nulidad, porque sabido

es que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma, sino que debe haber un interés jurídico que motive la declaración). Si el voto en cuestión efectivamente hubiera sido inválidamente emitido, y él fuera necesario para entender formada la mayoría, caído el voto, cae también la sentencia. Es decir, esa sentencia, como expresión del voto de al menos dos jueces (en el caso de los Tribunales de alzada) sería, entonces, nula.

Sin embargo, no ha sido este el criterio seguido por la decisión que avanzó en la declaración de nulidad. La referencia textual de la parte dispositiva del pronunciamiento objetado —por cuyo intermedio, como se dijo, se resuelve “*Declarar la nulidad del voto de la Dra. Marta Paz emitido el día 10/5/2013 en los presentes actuados*” y “*Re-mitir las actuaciones a la vocalía de Sergio Delgado a fin de que emita su voto*”, v. fs. 361)— conduce a la conclusión mencionada, robustecida por varios otros elementos, v. gr. la afirmada innecesariedad de volver a celebrar la audiencia prevista por el art. 284 CPP, por entender suficiente que el juez Delgado aproveche a ese fin la copia del audio disponible (fs. 358 vuelta); “...que no existe óbice legal ni constitucional alguno para declarar la nulidad parcial de una sentencia máxime cuando el vicio nulificante afectó solo a una parte en ella, el voto de la Dra. Marta Paz” (fs. 379, del voto de la jueza Manes, compartido por el juez Delgado); o que “[m]al puede el Dr. Unrein achacarme una voluntad de obtener una mayoría en una votación, cuando el Dr. Delgado ni siquiera se ha abocado en el estudio del recurso primigenio de la defensa” (fs. 379, del voto de la jueza Manes, compartido por el juez Delgado), a partir de lo cual se desprende que la nulidad parcial a la que se refieren los jueces abarca solamente el voto de la jueza Paz, mientras que los de Franza y Manes ya han sido emitidos, quedando pendiente la incorporación del voto de Delgado. Por lo demás, ese ha sido el sentido que le dieron los propios jueces de la Sala III, en tanto obra agregado a fs. 364/367 de los autos principales, el voto de Delgado emitido con fecha 25/5/2014, por cuyo intermedio manifiesta coincidir con el de la jueza Manes, emitido poco más de un año antes con fecha 10/5/2013 (véase fs. 289/302 de los autos principales).

ii) Como consecuencia de lo anterior, y en segundo lugar, no es posible desmembrar la sentencia e integrarla con otro voto. La sentencia no es una secuencia de actos, no es un proceso, es, como quedó dicho, un único acto, compuesto por varios elementos, entre otros, la confluencia de al menos la voluntad de dos jueces para establecer la solución. Si una sentencia está viciada, debe ser reemplazada por una nueva. Los actos procesales son especie de actos jurídicos, a los que se aplican las reglas específicas que disponga cada jurisdicción en ejercicio de las competencias por ellas retenidas (conf. art. 121, C.N.). En ese contexto, cuando el art. 75, CPP establece que la nulidad de un acto arrastra la de todos los actos que sean consecuencia de él y que “[e]l Tribunal que declare la nulidad ordenará, cuando le fuere requerido y sea posible, la renovación o rectificación de los actos nulos”, conf. art. 75, CPP, supone, indudablemente, reponer aquello que desaparece por la declaración de nulidad, lo que obliga a que la sentencia anulada sea reemplazada por una nueva, puesto que, desaparecida, habría quedado sin resolver la petición contenida en el recurso que había suscitado jurisdicción.

iii) Finalmente, no es posible soslayar que una de las juezas que conformó la mayoría para declarar la nulidad del voto en cuestión había participado del acuerdo y suscripto la sentencia a la que ahora entiende que se ha arribado inválidamente.

Cabe señalar dos frentes sobre cuyo vencimiento únicamente pudo haber avanzado una decisión de esta especie. El primero de ellos tiene como baluarte la idea expuesta en el art. 74, CPP cuando señala que “[s]olo estarán legitimadas para solicitar la nulidad de un acto procesal las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones violadas”, que apunta a que quien insta

la nulidad no pudo haber contribuido a que ella se produjera. Ciertamente es que el art. 74, CPP se refiere a las partes, y no a los jueces; no obstante, no es dudoso que si un juez concurrió a causar la nulidad, y en él se reuniera la atribución de instar su declaración y de declararla, tendría un margen de disposición del proceso riesgoso para cualquiera de los participantes, que quedarían, así, a su merced. Si bien la jueza Manes señala que desconocía que la jueza Paz "...se había apartado del conocimiento de las causas radicadas en este Tribunal por ejercicio transitorio de la presidencia de la Cámara" (fs. 380), más allá de nada dice acerca del conocimiento respecto de que la jueza cuyo voto fue invalidado se encontraba ejerciendo la presidencia, de cuya elección debió haber sido convocada a participar la jueza Manes.

A su turno, a partir de la idea a que me vengo refiriendo aparece rápidamente la representación del segundo frente, que insinúa un problema que, como principio, habría impedido una declaración de nulidad, incluso en el marco de la sentencia emitida con fecha 10/5/2013, cuyo baluarte es la garantía de juez natural y prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, propicio en un escenario en que las partes, no obstante haber sido notificadas de la integración de la Sala, no habían expresado oposición; y tomando como base que el sustento argumental de la nulidad no aparece suficientemente abordado o nítidamente resuelto por la norma a que acudieron los jueces de mérito. En efecto, la nulidad declarada afirmó estar sustentada en la aplicación del art. 2 del Reglamento para la jurisdicción penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el cual "[e]legido el presidente conforme el mecanismo previsto en el artículo anterior, asumirá las funciones que este Reglamento le otorga en tal carácter. Será reemplazado como vocal de Sala exclusivamente en las funciones jurisdiccionales por el último camarista incorporado por el período para el que fue elegido, conservando aquellas atribuciones de índole administrativas en su sala de origen. Finalizado el ejercicio de la presidencia del tribunal el Magistrado volverá a su Sala y quien resulte elegido para el siguiente período anual será sustituido del mismo modo". La disposición normativa transcrita, como dije, no da una solución que literalmente se desprenda de ella, al tiempo que la elegida por los magistrados, en el caso, habría requerido explicar cómo sería la que mejor se acomoda a las garantías a que me vengo refiriendo cuando da lugar a que por medio de la elección de quién sería presidente de la Cámara pueda conocerse anticipadamente qué causas se desprenderían del conocimiento de un juez y a quién serían asignadas.

7. En suma, por todo lo dicho, corresponde hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el MPF, revocar el pronunciamiento objetado, y devolver la causa para que, jueces distintos a los que intervinieron, se pronuncien acerca de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad de fs. 305/314 de los autos principales, entablado por la Defensa.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero, en lo sustancial, a los desarrollos contenidos en los votos de mis colegas proopinantes, Inés M. Weinberg y Luis F. Lozano.

Brevemente, el pronunciamiento controvertido a través del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal constituye un grave exceso jurisdiccional e institucional por parte de la mayoría del tribunal *a quo* que se muestra abiertamente incompatible con las pautas mínimas del debido proceso legal (arts. 18, C.N. y 13.3, CCABA). Al respecto, asiste razón al recurrente en cuanto explica que la declaración de nulidad intempestiva o de *facto* del "voto" que había sido legalmente emitido por la jueza Marta Paz, en su rol de magistrada constitucionalmente designa-

da como una integrante de esa Cámara, quebrantó las garantías del debido proceso, de juez natural, de imparcialidad, la prohibición de crear comisiones especiales para juzgar y consolidó una situación institucional grosera que afectó la seguridad jurídica y la correcta administración de justicia.

En efecto, luego del dictado de una “sentencia definitiva” —en el caso de aquella que, al margen de su acierto o error, decidió confirmar la condena impuesta en primera instancia— el ámbito legal de actuación de la Cámara, como tribunal superior de la causa y frente a la articulación de un recurso de inconstitucionalidad, debe circunscribirse únicamente al examen y decisión sobre la admisibilidad de esa clase de remedio procesal mediante resolución debidamente fundamentada (art. 28, ley 402), esto es, el tribunal *a quo* de ninguna manera puede caer en el abuso de avanzar por su propia voluntad en el ejercicio de facultades jurisdiccionales en un sentido contrario al que le marca la ley a la cual se encuentra subordinada su intervención. En autos, la ausencia de competencia del tribunal *a quo* —para fallar como lo hizo— y la invalidez de la declaración de nulidad de ese “voto” se muestran manifiestas. Ello así, porque los jueces Manes y Delgado: *i*) pretendieron sustraer —bajo el pretexto de observar aparentes defectos formales de los cuales ni siquiera podría derivarse seriamente semejante declaración “parcial”— aquel recurso de inconstitucionalidad del eventual conocimiento que la ley y la Constitución de la Ciudad depositaron en este Tribunal; y, al razonar de esa desatinada e ilegítima manera, *ii*) pretendieron atribuirse facultades jurisdiccionales para revisar inadmisiblemente el propio fallo que ya había emitido dicho tribunal y habilitar la consecuente posibilidad espuria de modificar sustancialmente su contenido (según mi voto, *mutatis mutandi*, *in re* “A., C. A. s/infr. art. 149 bis, C.P.”, expte. n° 8508/11, resolución del 4/7/12).

A su turno, al margen del acierto o error de la conformación de la Sala III al momento de pronunciar dicha “sentencia definitiva”, los fundamentos de índole eminentemente prácticos u organizativos que habrían sido tenidos en consideración en este Reglamento (Res. 1050/10 del CMCABA), con arreglo al cual se habría estipulado que quien ejerce la Presidencia de la Cámara de Apelaciones “[s]erá reemplazado como vocal de Sala exclusivamente en las funciones jurisdiccionales”, en modo alguno dispensaron de la investidura de magistrada a quien ocupaba, simultáneamente, la Presidencia del tribunal *a quo* y, por ostentar tal condición, podía ejercer válidamente sus funciones en la medida en la cual no estuviera objetada esa intervención por quien tuviera motivos para ello. La ausencia de controversia *oportuna* de la integración del tribunal por las partes y/o la inexistencia de una autoexclusión, por quien al pronunciarse tal “sentencia definitiva” se desempeñaba como Presidenta de la Cámara, resultaban circunstancias que no podían ser útilmente corregidas con carácter *ex post* por quienes contribuyeron en buena medida, por acción u omisión, al dictado de una decisión en tales condiciones. Ello así, pues, en el marco de esta causa judicial, la intervención de mérito de la Cámara a ese respecto, indudablemente, había precluido.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La presente queja resulta admisible porque fue deducida en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402) y contiene una crítica concreta de la resolución recurrida.
2. Corresponde entonces entender en el recurso de inconstitucionalidad que, adelante, tendrá acogida favorable

El Sr. Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara (fs. 356/361) mediante la cual se declaró de oficio la nulidad del voto de la Dra. Marta Paz

que integraba una resolución dictada el 10/5/2013 por dicha Sala. La resolución impugnada por el Ministerio Público dispuso a su vez que el juez Delgado integrara con su voto aquella resolución, en reemplazo del voto declarado nulo.

La resolución de fecha 10/5/2013 era consecuencia de la interposición de recurso de apelación por parte de la defensa de Cristian José María Romero contra la sentencia que lo había condenado a la pena de un (1) año de prisión como autor del delito de amenazas (fs. 117/118). En aquella oportunidad la Sala III confirmó, por mayoría compuesta por los votos de los Dres. Franza y Paz, la sentencia recurrida (fs. 319/332). A su vez, contra dicho pronunciamiento, la Defensa interpuso de recurso de inconstitucionalidad. Fue al momento de resolver dicha presentación que, con el voto concurrente de los Dres. Manes y Delgado, se declaró de oficio la nulidad del voto de la Dra. Paz en la resolución impugnada, disponiendo la remisión de las actuaciones al Dr. Delgado para que intervenga con su voto en reemplazo de aquel voto nulificado (fs. 356/361 vuelta).

Para así decidir, la mayoría entendió que en la medida en que al 10/5/2013 la Dra. Paz se encontraba ejerciendo la Presidencia de la Cámara, esta debió haberse inhibido de votar, conforme lo establecido en el art. 2 del “reglamento para la jurisdicción Penal, Contravencional y de Faltas” aprobado por Resolución CM n° 1050/2010, puesto que se habían afectado las reglas de integración del tribunal y con ellas las garantías de defensa en juicio y debido proceso (fs. 358 vuelta).

Dicha norma dice “Elegido el Presidente del Tribunal (sic) conforme el mecanismo previsto en el artículo anterior, asumirá las funciones que este Reglamento le otorga en tal carácter. Será reemplazado como vocal de Sala exclusivamente en las funciones jurisdiccionales por el último camarista incorporado (Res 170/2010), por el período para el que fue elegido, conservando aquel (sic) las atribuciones de índole administrativas en su Sala de origen”.

Por su parte el Sr. Fiscal de Cámara, en su recurso de inconstitucionalidad, sostuvo que la resolución de fs. 356/351 vuelta en cuanto declaró nulo el voto de la Dra. Paz era arbitraria y violatoria del principio de legalidad y las garantías del debido proceso, del juez natural e imparcial, además de provocar una situación de gravedad institucional que afectaba la seguridad jurídica y la correcta administración de justicia (fs. 364/370).

3. El pronunciamiento de la Sala III integrada por los jueces Franza, Manes y Delgado de fecha 29/8/2013 en ejercicio de la competencia habilitada por el recurso de inconstitucionalidad interpuesto mediante el cual por mayoría se dispuso anular el voto de la Dra. Paz importó, en mi opinión, una extralimitación jurisdiccional.

El art. 28 de la ley n°402 prescribe que contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decide sobre la *admisibilidad* del recurso de inconstitucionalidad, en resolución debidamente fundamentada (el resaltado me pertenece).

Para omitir esa limitación tajante la mayoría de la Sala invocó una nulidad declarable de oficio —referida a la constitución del tribunal interviniente conforme el art. 76, 2do párrafo, CPPCABA— en una interpretación arbitraria y *contra legem* que, además, contradice el carácter restrictivo de las nulidades en nuestro ordenamiento jurídico conforme lo establecido en el art. 71, CPPCABA.

Las normas reglamentarias invocadas para sustentar la nulidad tienen tal entidad a los efectos de ordenar administrativamente la distribución interna de las tareas de la Cámara pero en modo alguno puede considerarse que dicho Reglamento tenga alcance para suspender la jurisdicción que poseen los Magistrados en su condición de tales cuando han sido designados conforme lo establece la ley y la Constitución.

En este punto vale recordar que en autos, una vez interpuesto el recurso de apelación por parte de la defensa del imputado Romero contra la decisión del Sr. Juez de

grado, las actuaciones ingresaron a la Cámara de Apelaciones el día 28/12/2013, fecha en la cual se asignó la intervención de la Sala III y luego, con fecha 15/2/2013 se ratifica dicha intervención haciéndose saber a las partes que la Sala estaba integrada por los jueces Manes, Franza y Paz (fs. 290).

El día 2/5/2013 la Sala III con esa integración realizó la audiencia prevista por el 284 del CPPCABA (fs. 318). El 10 de mayo del mismo año dictaron resolución. Las partes no interpusieron recusaciones ni hubo excusaciones. Luego, interpuesto el recurso de inconstitucionalidad de la defensa contra la resolución del 10/5/2013, sin que se expresara agravio alguno sobre la integración del Tribunal pero sí una excusación sobreviniente de la Dra Paz sustentada en el art. 2 del Reglamento de la jurisdicción —en virtud de la cual se notificó a las partes que a los efectos de dar tratamiento al recurso quedaba ahora la Sala III integrada por los Doctores Franza, Manes y Delgado— en exceso de las facultades conferidas por la ley para intervenir como tribunal de Alzada se resolvió invalidar de oficio una parte de la resolución adoptada por el órgano colegiado.

4. En este punto, es preciso señalar que la Dra. Manes participó con su voto de la misma resolución que luego sostiene es parcialmente nula porque participó con su voto la Dra. Paz. Al momento de rechazar el recurso de inconstitucionalidad que aquí se trata, dijo al respecto que no pudo advertir la supuesta irregularidad en el momento de integrar aquella decisión ya que recién se notificó personalmente acerca de que la Dra. Paz no integraría más la Sala —en virtud de su condición de Presidenta de la Cámara conforme lo establecido por el art. 2º del Reglamento— con posterioridad al dictado de la resolución del 10/5/2013.

El argumento no tiene entidad para desarticular el agravio de arbitrariedad. Más allá de las consideraciones que pueda ameritar la forma en que manejen las notificaciones internas entre los miembros del órgano colegiado, no es lógico sostener que la nulidad de orden general pretendidamente sustentada en una norma solo pudo ser advertida cuando ella se notificó personalmente en el marco de un expediente judicial, tal como sostiene a fs. 380. Tratándose de una reglamentación preexistente que regula el órgano colegiado que integra y a la que pretende asignarle entidad suficiente como para sustentar una nulidad de orden general, no queda sino oponerle rechazo en virtud del principio de *iura novit curia*, además de la concurrencia de la presunción genérica que reputa al derecho como conocido por todos. Por estas razones, en su condición de Magistrada, resulta inoponible el argumento intentado para rebatir el cuestionamiento que se efectúa en orden a su participación en la misma votación que luego cuestiona como nula.

5. Por último, más allá de la improcedencia de la nulidad declarada, asiste razón al recurrente en cuanto señala la contradicción con el principio de legalidad y debido proceso de la decisión que pretende limitar el alcance de dicha nulidad a un voto que es parte de resolución emanada de un cuerpo colegiado, en tanto que aquella “no es la suma de tres votos individuales, pensados en solitario y luego escritos en un papel, sino que legalmente requiere una deliberación previa que, discusión mediante, forme las opiniones de sus integrantes (...) La deliberación de los órganos judiciales colegiados no es una mera formalidad, sino que tiene como fin nada más y nada menos que formar la voluntad del tribunal, fomentar el intercambio de opiniones entre los jueces y, una vez agotada la deliberación, emitir los votos”(fs. 368 vuelta/369), conforme con lo establecido en el art. 28 de la ley 7 y lo establecido por los arts. 5º, 6º y 7º del Reglamento para la Jurisdicción (Resolución CM 1050/210). Las consideraciones efectuadas a fs. 381 por la Dra. Manes respecto de la ausencia de acuerdos en infracción de la normativa mencionada, hace aplicable al caso lo dicho por este Tribunal en el caso “De Piano, José s/infr. art. (s) 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estu-

pefacientes, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 7670/10, resolución del 11/10/2011, respecto de la regularidad en el trámite de los procesos y exige poner en conocimiento del Consejo de la Magistratura las circunstancias allí señaladas.

6. En consecuencia, voto por hacer lugar a los recursos interpuestos por el Ministerio Público Fiscal, dejando sin efecto la resolución de fs. 356/361 y ordenando que jueces distintos a los intervinientes se expidan respecto de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Cristian José María Romero a fs. 334/343.

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja interpuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal resulta admisible.

La presentación fue interpuesta en legal tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402) y en ella se expone una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Tal como lo expone el doctor Lozano en el punto 1 de su voto, que comparto, aunque se trata de una decisión posterior a la sentencia definitiva, el auto cuestionado debe ser equiparado a tal en tanto altera groseramente lo resuelto al confirmarse la sentencia de condena dictada en autos, haciendo perder estabilidad, de oficio, a una sentencia que, como se verá, solamente podía ser revisada por esta ulterior instancia.

Finalmente, contrariamente a lo afirmado por la Alzada en el auto cuestionado, el Ministerio Público Fiscal se encuentra habilitado para interponer el recurso que le ha sido denegado, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal (conf. mi voto *in re* “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/inf. art. 189 bis, C.P.’”, expte. 6454/09, resolución del 8/9/2010).

Al propio tiempo, la queja presenta con éxito un caso de competencia del Tribunal vinculado con las previsiones de los arts. 18, C.N. y 13.3, CCABA, en tanto señala una extralimitación jurisdiccional por parte de los magistrados actuantes que no se ajusta al desenvolvimiento natural que debe imponerse al debido proceso.

2. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto también triunfa en su crítica a la decisión que cuestiona, tal como lo demuestran de manera acabada los votos de los doctores Inés M. Weinberg (puntos 2 a 4), Luis F. Lozano (puntos 1, 2, 3 y 5), Ana María Conde (tercer y cuarto párrafo) y Alicia E. C. Ruiz (puntos 2 a 4), que en lo sustancial comparto y a los que, en homenaje a la brevedad, me remito.

En síntesis, las reglas procesales analizadas en los votos a los que adhiero no permitían a la Alzada más que analizar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa contra la confirmación de la condena impuesta en primera instancia, y tampoco se advierte en la decisión recurrida por el recurso de inconstitucionalidad del Ministerio Público Fiscal la existencia de fundamentación suficiente que habilitara la declaración de nulidad de *un voto* de la sentencia dictada oportunamente por los jueces que, con conformidad de las partes, integraban la Sala llamada a resolver el recurso de apelación de la defensa.

Ello resulta suficiente para hacer lugar a los recursos interpuestos por el señor Fiscal de Cámara, dejar sin efecto la resolución agregada a fs. 327/332 de los autos principales y ordenar que jueces distintos a los que intervinieron se expidan respecto de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Cristian José María Romero.

3. Sobre la base de las graves deficiencias que conducen a descalificar la sentencia recurrida, que marcan fallas no solo *in iudicando* sino que plantean situaciones totalmente anómalas con relación a la intervención en los recursos de los Tribunales colegiados, propicio que copia de esta sentencia y las decisiones precedentes del *a quo* se remitan al Consejo de la Magistratura para que se evalúe si las mismas tienen entidad suficiente para justificar su intervención.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* al recurso de queja interpuesto (fs. 387/398).

2°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad, cuya copia obra a fs. 364/370, *dejar sin efecto* la resolución de Cámara del 29/8/2013 y *devolver* las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas para que jueces distintos a los que intervinieron se expidan respecto de la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Cristian José María Romero.

3°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCCII - ORTEGARIVERA, ESTEBAN C/GCBAY OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia. Arbitrariedad de sentencia. Deberes y facultades del juez. Sentencia. Reglas para dictar sentencia. Fundamentación de sentencias. Derecho a la vivienda digna. Situación de vulnerabilidad. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Subsidio estatal. Subsidio habitacional: alcances.

.....

Expte. SACAyT n° 10.263/13 - 4/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Esteban Ortega Rivera promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyó al demandado. Precisó, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de una suma de dinero, que esta debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características, y planteó la inconstitucionalidad de los arts. 5° del dec. 690/06 y 5° de la resolución ministerial n° 1554/08, del Ministerio de Desarrollo Social. Como medida cautelar, solicitó que se ordene a la parte demandada la provisión de un alojamiento adecuado, o de una prestación pecuniaria suficiente para sustituirlo (fs. 1/28 vuelta).

La jueza de primera instancia del fuero concedió la tutela cautelar requerida y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo (fs. 150/155 vuelta), "...ordenando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, mientras subsista la situación actual del amparista, le preste asistencia habitacional suficiente y adecuada a su situación y hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que ha cesado su estado de necesidad" (fs. 155).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia (fs. 158/171). La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso del GCBA agregando copia del fallo recaído en la causa "Rios, Miguel Angel contra GCBA y otros sobre amparo", en el que se individualizaran una cantidad de actuaciones —entre ellas, la que motiva esta intervención— a las que esa decisión resultaría aplicable (fs. 210/231 vuelta).

Para fundamentar el rechazo, los jueces *a quo* se refirieron a "...el derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas" (fs. 211 vuelta); y afirmaron que "...el principio de la autonomía individual conlleva el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y exige comportamientos activos por parte del Estado, tendientes a hacer posible (...) el derecho de acceso a la vivienda (arts. 14 bis C.N., 31 CCABA y tratados internacionales con rango con rango constitucional...)" (fs. 211 vuelta). En relación con la creación de diversos programas sociales dirigidos a satisfacer el derecho a la vivienda, explicaron que más allá de los plazos que en ellos se prevén "...la Ciudad no [puede] suspender dicha cobertura si no se [halla] demostrado el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto la discontinuidad de tales prestaciones [vulnera] el principio de no regresividad..." (fs. 211 vuelta). Destacaron, por fin, que la parte amparista había estado incluida en un programa habitacional, que no se había demostrado que su situación de emergencia habitacional hubiera variado, y que la demandada no había "...probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella" (fs. 212 vuelta).

3. Contra el fallo de la Cámara, el GCBA interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 224/241) que la Cámara concedió respecto de la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda, y rechazó en relación con la pretendida arbitrariedad de la sentencia y gravedad institucional alegadas (fs. 277/278 vuelta).

4. Requerido su dictamen, al Sra. Fiscal General Adjunta propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia impugnada y reenviar la causa a la Cámara del fuero para el dictado de un nuevo pronunciamiento (fs. 303/306 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. La Cámara confirmó la sentencia que había hecho lugar a la demanda de la parte actora —un mayor de edad—, a quien la Administración denegó la renovación del subsidio habitacional establecido por el dec. 690/06, de que se garantizase su derecho a una vivienda digna (conf. el relato de la sentencia de primera instancia, ver fs. 150/150 vuelta, que confirmó la Cámara, conf. fs. 213 vuelta), condenando al GCBA a que "...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] [e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales per-

seguidos en este proceso” (conf. fs. 213). A ello agregó que “[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho...” (conf. fs. 213 vuelta).

Fundó esa decisión en que la Ciudad no puede suspender la asistencia habitacional hasta que no se demuestre “...el cumplimiento de los objetivos de los programas” (conf. fs. 211 vuelta). También señaló que la Ciudad “...está obligada a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de lo más necesitados, lo que incluye obviamente la satisfacción de sus necesidades mínimas de vivienda (art. 31, CCABA), sin que, como queda dicho, pueda suspenderlas si no se encuentra debidamente garantizado el derecho vulnerado” (conf. fs. 213).

2. En ese marco, asiste razón al GCBA recurrente en cuanto sostiene que la Cámara le ha dado al derecho a la vivienda digna una extensión que no surge ni del art. 31 de la CCABA, en que dice haber fundado su decisión, ni en las normas dictadas en su consecuencia.

3. Conforme lo ha señalado este Tribunal y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC²¹⁶, punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* “Alba Quintana” y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* “Q.C., S.Y.”). La CSJN tiene dicho al respecto “...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” —conf. la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (véase nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

4. Al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, el 26/9/2012, estaba vigente la ley 4036 (promulgada el 4/1/2012), que solo acuerda el derecho que la Cámara le reconoció a la parte actora —el derecho a un alojamiento—, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que allí se indican (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). *El a quo* no solo no aplicó ese ordenamiento, sino que no dio razón alguna para justificar esa omisión.

5. A su turno, ninguno de los argumentos que la Cámara dio permiten sostener la decisión a la que arribó.

²¹⁶ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1° del art. 2° del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

5.1. La Cámara sostuvo que la Ciudad no puede suspender la "...cobertura [habitacional] si no se hallaba demostrado el cumplimiento de los objetivos..." (conf. fs. 211 vuelta).

Ahora bien, primeramente, la Cámara no manda a mantener la "cobertura", el subsidio habitacional, sino que ordena que se le brinde al Sr. Ortega Rivera una "adecuada asistencia habitacional" en los términos reseñados en el punto 1 de este voto. Es decir, el *a quo* ordena que se cumplan con los objetivos del dec. 690/06, pero no con sus prestaciones, sino con otras que entiende más adecuadas al derecho en debate.

En segundo lugar, no indica cuáles serían los "objetivos" a los que se refiere. Si eran los previstos en el 690/06 (conf. sus arts. 3° y 7°), debió hacerse cargo de que ellos fueron modificados y derogados por los decs. 960/09 y 167/11, respectivamente; y, conforme lo tiene dicho la CSJN, desde tiempo inveterado, ninguna persona tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen general (conf. *Fallos*, 325:2600 y sus citas). De ahí que la sentencia debió ceñirse a lo que la normativa preveía al tiempo de su dictado; regla que fue recordada en el pronunciamiento de este Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)", expte. n° 4757/06, sentencia del 25/4/2007, que citó el *a quo* en apoyo a su decisión.

5.2. Por lo demás, el *a quo* también sostuvo que correspondía hacer lugar a la demanda en los términos propuestos porque el GCBA "...no ha probado que continuar brindando asistencia a la parte actora en materia de vivienda tenga como consecuencia desatender a otras personas que padezcan igual o mayor vulnerabilidad que ella" (conf. fs. 212 vuelta).

Esa tesis importa la adopción de políticas públicas por parte de los jueces y no el cumplimiento del ordenamiento jurídico existente.

Lo que este Tribunal tiene dicho es que los jueces pueden reponer las prioridades fijadas por el Constituyente y el Legislador —conf. este Tribunal *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, sentencia del 12/5/2010, recordada recientemente en el voto de los jueces Conde y Lozano *in re* "X. F. E., T., c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—. Así, los jueces están en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que las leyes 4036 y 4042, reglamentarias del art. 31 de la CCABA, ponen en situación de prioridad frente a las restantes, cuando los recursos no son destinados a subsidiar a personas que están en una situación preferente frente a quien le es denegado el beneficio ya sea por padecer una mayor necesidad, medida según parámetros válidamente adoptados por los órganos que representan la voluntad popular, o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado es menor a la reconocida a la persona en situación de prioridad que reclama su mantenimiento; situaciones que los jueces pueden presumir mientras se mantenga el sistema de subsidios habitacionales establecido por el dec. 690/06 (y sus modificatorios).

La Cámara no aplicó estas reglas. Partió de sostener que el art. 31 de la CCABA le acuerda a la actora el derecho a un alojamiento; derecho que, con arreglo a lo dicho en el punto 3 de este voto y en los precedentes a los que allí se remite, no cabe extraer, con esa extensión, ni de la CCABA ni de la Nacional.

6. Dicho lo que antecede, resta establecer si el actor —un adulto soltero en situación de calle— está en situación de prioridad para acceder a las políticas sociales que brinda el GCBA; para lo cual hay que analizar si está en la situación de "vulnerabilidad" a que se refiere el art. 6° de la ley 4036, y cumple con los demás requisitos allí

previstos (conf. la doctrina sentada en el voto conjunto de los jueces Conde y Lozano y en el voto del juez Casás *in re* “X. F. E., T.”). Como la determinación de esas cuestiones depende de la valoración de cuestiones de hecho y prueba que los jueces omitieron tratar, corresponde devolver las actuaciones a la Cámara para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto.

Por ello, oído lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, votamos por revocar la sentencia de fs. 210/213 vuelta; y, devolver las actuaciones a la Sala I para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Desde mi punto de vista, en el caso la invocada arbitrariedad de la sentencia impugnada aparece inescindiblemente unida al agravio constitucional por el que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró formalmente admisible el recurso en examen (interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda). Por ello, considero que los distintos planteos esgrimidos integran el ámbito de la revisión instada ante este Tribunal (conf. doctrina de *Fallos*, 295:636; 307:493 y 308:1076, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

2. Ello sentado, coincido con mis colegas preopinantes en que la recurrente ha logrado acreditar que la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario brindó un fundamento tan solo aparente al confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda con el alcance ya reseñado.

En este sentido, los jueces de la causa no demostraron haber conectado la solución a la que se arribó con la valoración de las concretas circunstancias que atraviesa el accionante. En particular, no han brindado fundamentación alguna para sustentar la extensión que le asignaron al derecho que reconocieron en cabeza de la parte actora que, en los términos expuestos por el tribunal *a quo*, no surge del art. 31 de la CCABA, de ley 4036 ni de las previsiones del dec. 690/06 y sus modificatorios.

Es que el peculiar modo en que la alzada dictó sentencia en autos —mediante la confección de un listado de actuaciones en el expediente madre y el agregado de una fotocopia simple en los restantes casos— dificulta la comprensión de los distintos elementos ponderados.

Más allá del amplio margen de valoración que tienen los jueces de la causa respecto de las pruebas producidas en el expediente —materia que, por regla, resulta de su privativa competencia—, lo cierto es que el fallo adoptado debe poder derivarse de las consideraciones desarrolladas en la sentencia sobre los aspectos de hecho y de derecho involucrados; circunstancia que aquí no se exhibe claramente.

3. En suma, le asiste razón a la recurrente cuando invoca la insuficiencia de fundamentos del *a quo* para resolver como lo hizo, motivo por el cual el pronunciamiento resistido debe ser descalificado y, en consecuencia, corresponde a la Cámara dictar un nuevo fallo en el que se pondere fundadamente la situación de la parte actora a la luz de las normas vigentes en la materia.

Resta señalar que la forma en que se resuelve no importa adelantar opinión respecto de la solución que corresponde adoptar en el presente caso.

En virtud de la fragilidad que se observa en el pronunciamiento del *a quo*, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, dejar sin efecto la sentencia objetada y reenviar las actuaciones a la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmó una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. *Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:*

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Girolodi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Angel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.²¹⁷

²¹⁷ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

“...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada "...se aplica a todos" y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad "reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado" y "resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos" (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento, en este sentido, con la mayoría de la CSJN en el célebre caso "Q" respecto del carácter "derivado" que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: "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 las que tienen menores posibilidades".

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que "[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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" (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que "[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"— lo que sigue: "aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se 'comprometen a garantizar' que los derechos pertinentes se ejercerán 'sin discriminación...'. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso*

que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*".

"La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1º del art. 2º es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2º del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*".

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de "...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...".

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que "[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*".

En la causa "Toloza" señalé que "el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)".

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA de-

bió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”²¹⁸ o “Sejean”²¹⁹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la parte amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está

²¹⁸ 347 Scotus 483 (1954).

²¹⁹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolozá” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 210/213 vuelta y *devolver* las actuaciones a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo un nuevo fallo con arreglo a lo aquí resuelto.

3º. *Imponer* las costas por su orden.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCCIII - GÓMEZ CASTRO, MARÍA FLORENCIA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Procedencia parcial. Derecho a la vivienda digna: alcances. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Subsidio habitacional: alcances. Excusación.

.....

Expte. SACAyT n° 10.032/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la de primera instancia que declaró la inconstitucionalidad del art. 5º del dec. 690/06 y modificatorios, e hizo lugar al amparo en los términos expuestos en el considerando IX de su pronunciamiento; en el que sostuvo que "...la obligación estatal de prestar asistencia a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces ... que la opción que aquí se reconoce a la parte demandada para la elección de los medios concretos tendientes a satisfacer el derecho objeto de la protección excluye el alojamiento a la parte actora en hogares o paradores" y que en caso de que "...la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio su importe deberá ser suficiente a lo largo del

tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones” (fs. 141/144 vuelta; fs. 148).

2. Para arribar a dicha solución, los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada “Lemos Fonseca Alba Nibia c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. EXP 30.133/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n°13817/0, el 13/10/06, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del grupo familiar se hubiese modificado, sino que la parte actora continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendientes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales (fs. 141/144 vuelta; fs. 148).

3. En el recurso de inconstitucionalidad (fs. 158/170) el GCBA sostuvo, en primer lugar, que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva al decidir en una sentencia “ómnibus” numerosas causas en las cuales se ventilaban situaciones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Adujo que la súbita acumulación de las causas había dejado a la demandada sin defensa respecto de esa decisión, impidiéndole demostrar que no todos los ciudadanos se encontraban en condiciones de solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial.

También se agravó porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento alguno, de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor al que allí se establecían. Adujo que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11.

4. La Sala I concedió el recurso de inconstitucionalidad únicamente respecto del agravio vinculado a la interpretación de las normas que protegen el derecho a la vivienda (art. 31 de la CCABA); y lo rechazó respecto de los restantes planteos (178/179 vuelta).

5. Requerido su dictamen, la Asesora General Tutelar expresó que, a su criterio, correspondería rechazar la presentación del GCBA (fs. 189/211). A su turno, el Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 216/227 vuelta).

6. A fs. 234 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 141/144 vuelta).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6º, del CCaYT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2º, ley 402.

II) Recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido:

Los jueces ANA MARÍA CONDE y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. Los planteos del Gobierno recurrente conducen a revocar la sentencia de Cámara que lo condenó a que "...mientras subsista la situación actual de [la parte actora...] l[e] preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones dinerarias (subsidio), o bien por cualquier otro medio que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso". Además que "[s]i la autoridad administrativa decidiese la entrega de un subsidio, su importe deberá ser suficiente a lo largo del tiempo para afrontar el precio del alojamiento mientras no cambien las condiciones para ejercer el derecho..." (conf. fs. 144).

2. Conforme lo ha señalado este Tribunal, y la CSJN en la causa Q. C., S. Y. (*Fallos*, 335:452), el derecho que la parte pretende le sea asistido —el derecho a una vivienda digna— no es correlato de una obligación de resultado, sino de medios. La obligación que pesa sobre la Ciudad es la de realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC²²⁰, el punto 5.2 de nuestro voto conjunto *in re* "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6754/09, sentencia de este Tribunal del 12/5/2010 y el último párrafo el considerando 11 de la sentencia de la CSJN *in re* "Q.C., S.Y."). La CSJN tiene dicho al respecto "...que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial" —conf.

²²⁰ Textualmente la norma dice: "[c]ada 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" (conf. el párr. 1º del art. 2º del PISDESC, el destacado no pertenece al original).

la decisión mayoritaria *in re* “X. F. E., T. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 10229/13, sentencia del 30/4/2014—.

En ese marco, no resulta, *per se*, inconstitucional que el Estado atienda el derecho a la vivienda mediante la entrega de subsidios temporarios cuyo monto, presumiblemente, no alcance a cubrir enteramente el valor promedio de un alquiler (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”, citado *supra*, al que nos remitimos).

3. La ley 4036, reglamentaria de ese derecho, que ya se encontraba vigente al tiempo que la Cámara emitió la decisión que viene recurrida, de fecha 26/9/12, solo acuerda el derecho a un alojamiento, en lo que aquí nos importa, a las personas con discapacidad o mayores de 60 años que estén en las condiciones que en la ley se indica (conf. los arts. 25, inc. 3°, y 18 de la ley 4036, y la sentencia del Tribunal *in re* “X. F. E., T.”, ya citado). Esa norma no fue tachada de inconstitucional por el *a quo*.

4. En el *sub lite* no está debatido que la parte actora es una mujer con un hijo menor de edad a su cargo. Tampoco está debatida la conclusión a la que arribó la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, de que la parte actora está en la situación de vulnerabilidad que define el art. 6° de la ley 4036.

5. En ese marco, y toda vez que, como dijimos, no ha sido cuestionada la validez de la ley 4036, corresponde revocar la sentencia de Cámara en cuanto implícitamente decretó la inconstitucionalidad del tope del monto del subsidio habitacional instrumentado por el dec. 690/06 y sus modificatorios al condenar a la parte demandada en los términos del punto 1 de este voto; y condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio mientras subsista la situación de hecho que tuvieron por probados los jueces de mérito y la normativa sobre cuya base se resuelve, esto es, las leyes 4036 y 4042. Es decir, corresponde condenar al GCBA a que reponga las prioridades fijadas por el constituyente y el legislador (conf. las citadas leyes 4036 y 4042), las que, conforme lo tiene dicho el Tribunal, los jueces pueden presumir no respetadas (conf. nuestro voto conjunto *in re* “X. F. E., T.”); y el GCBA no ha dado razón alguna en el *sub lite* que permita destruir esa presunción.

Por ello, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 141/144 vuelta; y, condenar al GCBA a que mantenga a la parte actora como beneficiaria de ese subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve. Costas por su orden (conf. el art. 14 de la CCABA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i*) inició estas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantice su derecho a una vivienda digna; *ii*) es una mujer a cargo de su hijo menor de edad; *iii*) se encuentra dentro del grupo prioritario para la distribución del subsidio habitacional de marras, conforme señalaran los jueces de mérito.

2. Por ello, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, es posible entender que los distintos agravios del GCBA se dirigen a resistir el alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza del actor, a partir de la condena fijada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, ya reseñada en las “resulta”. Es que, por los términos del pronunciamiento impugnado, el tribunal *a quo* vino a confirmar la inconstitucionalidad de los montos establecidos por el Poder Ejecutivo local en el programa de asistencia habitacional.

3. En este contexto, la cuestión constitucional sometida a conocimiento de este Estrado se vincula al alcance del derecho que se ha reconocido en cabeza de la parte actora planteada; asunto que resulta sustancialmente similar al abordado por este Tribunal *in re*: “GCBA *s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abdala, Analía Verónica c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)*”, expte. n° 9963/13, sentencia del 14 de agosto del corriente año.

4. Tal como recordé en aquella oportunidad, en el precedente “Alba Quintana, Pablo *c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido*”, expte. n° 6754/2009, sentencia del 12/5/2010, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. XII/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 654 y ss., tuve oportunidad de afirmar —en línea con los razonamientos expuestos por mis colegas Ana María Conde y Luis F. Lozano en su voto— que el art. 31 de la CCABA, al reconocer el derecho a la vivienda, pone a cargo de las autoridades públicas las siguientes obligaciones dentro del contexto que bosqueja:

- i) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado;
- ii) esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo;
- iii) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del Estado;
- iv) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado;
- v) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios;
- vi) los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales;
- vii) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCABA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas.
- viii) el Estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.

También allí expresé respecto de los subsidios habitacionales que no constituyen la política nuclear a la que alude el art. 31 de la CCABA y que “el derecho que generan a posibles beneficiarios es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional” (conf. mi voto *in re* “Alba Quintana”).

A partir de tales premisas afirmé —junto a mis aludidos colegas Conde y Lozano— que no era tarea de los magistrados sustituir al Poder Ejecutivo local modificando el régimen de subsidios habitacionales pero que sí correspondía al Poder Judicial verificar, a partir del control instado por la parte interesada, que la asignación de estos beneficios se hubiese realizado sin exclusiones, con total transparencia, respetando la garantía de igualdad y las prioridades previstas en la CCABA y las leyes vigentes —teniendo en cuenta para ello los supuestos fácticos de cada caso.

En definitiva, conforme allí se sostuvo, la reposición de las prioridades no debía implicar el desconocimiento de los topes fijados en los programas vigentes en la materia. En este sentido —y de manera confluyente con el criterio de mis colegas— afirmé “(a)l remover cualquier eventual obstáculo puesto por una medida del GCBA al aprovechamiento de los beneficios o subsidios temporarios que instituya conforme las prioridades a que me vengo refiriendo, el juez no viene a disponer discrecionalmente de recursos cuya afectación incumbe exclusivamente al Poder Legislativo, sencillamente

repone las prioridades según lo manda la CCABA. En ello, cada poder encuentra su límite dentro del juego constitucional”.

5. Por su parte, en la causa “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24/4/2012 —*Fallos*, 335:452—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que las normas nacionales y locales que reconocen el *derecho a una vivienda digna a)* tienen un alcance peculiar en tanto “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” y *b)* exigen su implementación por parte de los poderes legislativos o ejecutivos locales en tanto existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios (conf. consid. 11 del fallo citado).

Así pues, es posible afirmar que el referido derecho a la vivienda y al hábitat adecuado no impone una obligación de resultados sino de medios pero exige que el Estado Nacional y los estados locales *a)* realicen sus *mayores esfuerzos* para garantizar la plena efectividad del derecho (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC²²¹) y *b)* destinen de manera *razonable* los recursos públicos —razonabilidad que, en palabras del alto tribunal, significa “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” (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”)—.

A fin de cuentas, es por este motivo que, para distribuir recursos que —por definición— son escasos, deben atenderse y hacerse respetar las prioridades establecidas en la Constitución nacional y local y en los tratados internacionales (conf. sostuviera este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”) y se deben conjurar de manera ineludible aquellas situaciones en las que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona (conf. consid. 12 de la aludida sentencia *in re*: “Q. C., S. Y.”).

Interesa destacar aquí que solo en aquellos casos particulares en los que se encontraba involucrada una *persona con discapacidad* en una situación de *extrema vulnerabilidad social* en los que se entendió que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por este Estrado en los términos del precedente “Alba Quintana” ya reseñado; y, a fin de no dilatar la resolución del caso, ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para asistir a la actora en la solución de las causas de su problemática habitacional (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.294.XLVII— y aplicada a las causas registradas como: A.295.XLVII. ‘A. R., E. M. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; F.59.XLVII ‘Flores, Rosa Liliana c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.243.XLVII ‘F., R. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; F. 244. XLVI 1 ‘F., R. V. cl Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’; G.29.XLVII ‘G., R. N. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo’; G.28.XLVII. ‘G., R. N. cl Gobierno de la Ciudad

²²¹ Textualmente la norma dice: “[c]ada 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” (conf. el párr. 1º del art. 2º del PIDESC, el destacado no obra en el texto original).

de Buenos Aires y otros si amparo”; N.69.XLVII. ‘Nicoli, Juan Carlos el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo’”).

Si bien en estos casos la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicitó detalles de la plataforma fáctica involucrada en cada una de las actuaciones —como sí lo hizo en el aludido precedente dictado *in re* “Q. C., S. Y.”—, se ha encontrado el patrón racional reseñado en el párrafo precedente (esto es, casos en los que se encontraban involucradas personas con discapacidad en situaciones de extrema vulnerabilidad social en los que ambas circunstancias derivaban en una amenaza de entidad para la persona) a partir del relevamiento efectuado de los distintos expedientes; que —vale presumir con gran posibilidad de acierto— es el que ha guiado la decisión de nuestro máximo tribunal federal.

En los demás supuestos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó los recursos extraordinarios interpuestos por los accionantes, quedando firme para aquellos casos la doctrina del precedente “Alba Quintana” a ellos aplicada por este Estrado (conf. sentencia dictada en el expediente madre “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘A.P., L. V. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo’, del día 11/12/2012 —Registro del Alto tribunal A.662.XLVII— y aplicada a 46 actuaciones, entre las cuales pueden citarse las causas: A. 738. XLVI. ‘Alba Quintana, Pablo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; A.808.XLVII. ‘A., L. A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ otros procesos incidentales’; A.809.XLVII. ‘A., L. A. Y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad’; A.867.XLVI. ‘A., G. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; B.881.XLVII. ‘Balduvino, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo’; C.74.XLVII. ‘C., L., Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de inconstitucionalidad concedido’; C.80.XLVII. ‘C., L. Z. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires si amparo (art. 14, CCABA)’; C.764.XLVII. ‘C., R. T. J. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; C.766.XLVII. ‘C., R. T. J. el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; D.127.XLVII. ‘Del Valle Tapia, Arnaldo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F. 60. XLVII. ‘Fano, Marcelo Daniel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; F.305.XLVII. ‘Francia, María Isabel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.192.XLVII. ‘G., V. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.416.XLVII. ‘Gómez Da Silva, Clara y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G. 880. XLVI. ‘G., M. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; G.943.XLVI. ‘G., M. Z. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’; entre muchos otros)

Por ello corresponde concluir que la doctrina de este Tribunal en aquel recordado precedente subsiste en lo pertinente, con el alcance que debe ser leído después del fallo dictado *in re*: “Q.C.S.Y.” y en las causas posteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citadas precedentemente.

6. Ahora bien, con posterioridad al fallo dictado por este Tribunal *in re*: “Alba Quintana”, el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social.

Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador destinada a lograr una solución “...progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (conf. el art. 31 de la CCABA), definieron ciertas políticas públicas en la materia que nos interesa.

6.1. En primer lugar, cabe mencionar a la *ley 3706*. Esta norma define quiénes pueden entenderse comprendidos en situación de “emergencia habitacional” (art. 2°) y, si bien no prevé un mecanismo concreto para paliar la situación de las personas que están en situación de calle o en riesgo de estarlo, pone a cargo del GCBA “[l]a formulación e implementación de políticas públicas en materia de [...] vivienda...” (art. 4°, inc. c).

6.2. Por su parte, la *ley 4036* —que se orienta a la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la CABA (conf. su art. 1°), entre los que se encuentra el derecho a la vivienda— prioriza el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales brindadas.

Para el caso del derecho a la vivienda, la *situación de vulnerabilidad social y/o emergencia* consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la *ley 3706*.

En estos supuestos, la *ley 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas*, ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc. 3°, *ley 4036*—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, *ley 4036*—) o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atravesasen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc. 3°, *ley 4036*—).

Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la *ley 4036*, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y solo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.

7. Así pues, en tanto estas medidas legislativas han sido dictadas en ejercicio de competencias propias del Legislador, resultan independientes del régimen de subsidios habitacionales establecido por el Poder Ejecutivo local mediante los decs. 690/06 y sus modificatorios (decs. 960/08; 167/11 y 239/2013) que continúa vigente para todos aquellos que no encuentren una tutela específica —en lo que a esta cuestión respecta— en la *ley 4036* (o la que se dicte en el futuro).

8. Esta distinción en el diseño de las políticas públicas en la materia no luce *irrazonable* en la medida que no es posible sostener la obligación de dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de quienes de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8.1. Es que no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del *Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales* instituido por *ley 23.548* y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1°/1/2003 a tenor del dec. 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra— frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito —22,66% para el año 2010, tomando

en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina²²²—, se convierten en una concreta limitación para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta.

En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—.

8.2. Por otro lado, no pueden perderse de vista otros condicionantes concretos: la acotada superficie de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 203,3 km² y el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas para intentar dar respuesta en esta jurisdicción a la demanda actual de soluciones habitacionales de cientos de miles de personas.

Es que no puede obviarse que dentro de los límites físicos de la Ciudad la posibilidad de encarar proyectos de expansión constructiva requeriría probablemente privatizar espacios públicos, mediante urbanizaciones irracionales que impermeabilizarían los suelos y favorecerían las inundaciones. En este sentido, cabe agregar que, según algunas informaciones, Buenos Aires tiene un insuficiente índice de espacios verdes por habitante de 1,9 m², muy inferior al de otras ciudades del mundo y a lo recomendado por ambientalistas. Tal es el caso de la Ciudad de Nueva York (23,1m², por habitante), Santiago de Chile (10 m² por habitante), e incluso la atiborrada Ciudad de México que casi duplica nuestro índice (conf. VALDEZ, Enrique: “Una Iniciativa que lastima a la naturaleza y marca la desigualdad”, matutino *La Nación*, ejemplar de 12/5/2014, 1^a sección, p. 20). Conforme a otras cifras, al año 1995 el espacio público en la Ciudad habría sido 2,5 m² por habitante, sin perjuicio de advertirse un progresivo incremento desde esa fecha hasta el presente mediante una política de sumar espacios verdes, según lo explicara Andrés Borthagaray, arquitecto especializado en políticas urbanas. Cabe dejar en claro que no todo el “espacio público” de la Ciudad representa “*espacios verdes*” y que se observa una marcada desigualdad, según de qué comuna se trate, ya que Puerto Madero, San Nicolás, Retiro, Montserrat, San Telmo y Constitución, junto con la Comuna 8 (Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo) arrojan 23 m² por habitante, influyendo en el primer caso la Costanera Sur y los parques de Puerto Madero y, en el segundo, el Parque Indoamericano (ROCHA, Laura: “Espacios verdes. Buenos Aires, casi la peor de América”, matutino *La Nación*, ejemplar del 19/5/2014, 1^a sección, pp. 1 y 20). También se indica que conforme a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud es aceptable contar con 10 a 15 m² de espacio verde por habitante y siguiendo los datos publicados por el Gobierno local excluyendo los metros cuadrados de la Reserva Ecológica, Costanera Sur y las 193 hectáreas los jardines colocados a los costados de la General Paz —que fueron modificados por las obras de ensanchamiento de la avenida— el resultado que arrojaría el cálculo sería de 3,7 m² por habitante también se ha insistido en que los espacios verdes en un ambiente urbano tienen importantes y múltiples funciones en lo que hace a la calidad de vida, permitiendo la absorción de las precipitaciones pluviales, conjurando el riesgo de inundaciones, al tiempo que actúan como reguladores de la temperatura, manteniéndola más fresca y

²²² Véase CASÁS, José O.: “La insuficiencia financiera estructural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias argentinas, en un marco general de debilitamiento del federalismo”, *ED*, 252-597 y ss., en particular p. 611.

húmeda a la vez que contribuyen al mejoramiento de la calidad del aire por las emisiones gaseosas (JÄGER, Mariano: Director de Conservación de la Fundación Vida Silvestre; “Una precariedad que llama la atención”, matutino *La Nación*, también ejemplar del 19/5/2014, 1ª sección, p. 20).

8.3. Al mismo tiempo, entiendo que los criterios diferenciadores tienen a armonizar con el modelo de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, con particular énfasis en la dimensión “*Social*”, al que estoy convencido que ha adscripto la Argentina. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994; sobre todo si nos detenemos en el subsistema que se concreta con los enunciados localizados en el nuevo art. 75, relativos a las atribuciones del Congreso, que deben ser enhebrados sistémicamente. Estos pueden repasarse en el siguiente orden: a) el *inc. 2º*, párr. 3º, en cuanto propende a la *distribución de la renta federal* atendiendo a la *equidad y solidaridad* reconociendo como *objetivo prioritario* el logro de un *grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio de la Nación*; b) el *inc. 8º* al disponer que en la elaboración del *Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Nacional deberá tener en cuenta las pautas antes consignadas* y contenidas en el párr. 3º del *inc. 2º* del mismo artículo; c) el *inc. 19*, en sus *tres primeros párrafos* que consagran la idea de *desarrollo con justicia social* y que propenden al crecimiento armónico de provincias y regiones; d) el *inc. 22*, particularmente, al dotar de *jerarquía constitucional a diversos Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos*, y e) el *inc. 23* al promover *medidas de acción positiva*, que garanticen la *igualdad real de oportunidades* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (el destacado no obra en el texto original).

8.4. Ya he tenido oportunidad de manifestar —habida cuenta de que la Argentina, como ya se dijo, adscribe enfáticamente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 al modelo de *Estado Social*, y que se proyectan a su respecto una serie de obligaciones resultantes del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*— que se torna imperativo entender que, dentro de “los desafíos del mundo actual”, se encuentra pronunciar un rotundo “no a una economía de la exclusión”, o lo que es lo mismo, desde otra óptica, a unas “finanzas públicas de la exclusión” que arrancan de raíz a cierto grupo de personas vulnerables de la “pertenencia de la sociedad en la que viven”, como si se tratara de “desechos sobrantes”. Es que el dinero público “debe servir y no gobernar” a quienes conducen los destinos de un país, teniendo en cuenta que “la inequidad: genera violencia”, lo que obliga a un uso correcto de los recursos públicos atendiendo, con sensibilidad, las situaciones más extremas, evitando “ese cáncer social que es la corrupción profundamente arraigada en muchos países —en sus gobiernos, empresarios e instituciones— cualquiera sea la ideología política de los gobernantes”. Ello obliga a “cuidar la fragilidad” de los más pobres y vulnerables, no solamente de los niños, de las mujeres o de quienes laboralmente son explotados y reducidos virtualmente a la esclavitud, sino también de aquellos que por razones de salud son dejados al costado del mercado laboral sin poder ganarse su sustento, teniendo en cuenta que está íntimamente ligado el “bien común y la paz social”, lo que demanda, hasta donde sea posible a practicar, “una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (conf. “Exhortación Apostólica, Evangelii Gaudium”, dada por su SS. Francisco, en Roma, el 24/11/2013, Capítulo II: “En la crisis del compromiso comunitario”, Parte I: “Algunos desafíos del mundo actual”, Puntos 53, 57, 59 y 60; y Capítulo IV: “La dimensión social de la evangeliza-

ción”, Parte II: “La inclusión social de los pobres”, Puntos 199, 209 y 221, publicación de la Conferencia Epistolar Argentina, Buenos Aires, diciembre 2013).

8.5. Es que consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de los poderes políticos nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales.

9. Por ello, *la condena al GCBA a abonar un importe indefinido que tienda a cubrir de manera adecuada, íntegra o suficiente el costo del alojamiento de la parte actora* —que los jueces, por sus especiales circunstancias, entendieron en situación de prioridad para seguir percibiendo los subsidios creados por el dec. 690/06 y sus modificatorios— resulta insostenible jurídicamente en tanto no se deriva de las normas vigentes en la materia ni de la interpretación que de ellas ha formulado el Alto tribunal federal; al tiempo que importa la sustitución de potestades propias de los poderes de gobierno en el diseño de estas políticas públicas que exigen, como ya se señalara, la valoración de otras obligaciones a cargo del Estado local (de prestación y asistencia de diversos órdenes) y los recursos necesarios para ello (conf. ya se sostuviera en el recordado fallo dictado in re: “Alba Quintana”).

10. Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, ordenar al GCBA a que mantenga a la parte actora en el programa habitacional vigente, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad comprobadas en autos por los jueces de la causa. Costas por su orden (art. 14, CCABA).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales pos-

teriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también recibió la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas

que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. N° 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.²²³

²²³ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1º del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“... Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de

amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“*Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) 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 se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en reali-*

dad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...”.

En la causa “Tolosa” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”²²⁴ o “Sejean”²²⁵ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

²²⁴ 347 Scotus 483 (1954).

²²⁵ Fallos, 308:2268 (1986).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. *La afectación del derecho de la parte actora:*

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolozá” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. *Tutela efectiva y función jurisdiccional:*

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede ad-

ministrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Tolosa” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. La ley 3706:

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2°, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2° del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Revocar* parcialmente la sentencia de fs. 141/144 vuelta y fs. 148, y *ordenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que mantenga a la parte actora como beneficiaria del subsidio instrumentado por el dec. 690/06 (y sus modificatorios) mientras subsista la situación de hecho y de derecho sobre cuya base se resuelve.

4°. *Imponer* las costas por su orden.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique, y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCCIV - SZECHENYI, CECILIA CLARA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO²²⁶

Derecho a la vivienda digna: alcances, régimen jurídico. Normas operativas. Poderes del Estado: funciones. Obligaciones de medio. Emergencia habitacional. Políticas sociales. Subsidio estatal. Subsidio habitacional. Situación de vulnerabilidad. Personas en situación de calle. Personas con discapacidad. Adultos mayores. Alojamiento. Grupo familiar. Niños, niñas y adolescentes. Prioridad en el acceso a las prestaciones. Bienes del Estado: alcances. Limitación de recursos económicos. División de poderes. Exceso de jurisdicción. Estado nacional. Obligaciones concurrentes. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 9880/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que resolvió “Desestimar los agravios y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en los términos expuestos en este decisorio...” (fs. 226 vuelta).

2. Los jueces agruparon varios casos y dictaron una única sentencia para aquellos expedientes que, a su criterio, se encontraban en la misma situación procesal que la causa caratulada “Ríos, Miguel Ángel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° EXP 40.592/0. Se refirieron a precedentes del mismo tribunal en los que consideraron que la creación de diversos programas sociales por parte del GCBA implicaba el cumplimiento progresivo del deber dispuesto en el art. 31 de la CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores de pobreza crítica. Sostuvieron que, más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender la cobertura si no se demostraba el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto su discontinuidad vulneraba el principio de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeorasen la situación de los beneficiarios. Agregaron que la opinión jurídica vertida en la sentencia dictada en la causa “Mansilla, María Mercedes c/GCBA”, expte. n° 13.817/0, el 13/10/2006, resultaba concordante con la sostenida por la CSJN en los autos “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q.C por sí en

²²⁶ *Nota del editor:* Véase la resolución dictada por este Tribunal el día 4/6/2014 en los autos “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, en este tomo, p. 3731.

representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C., S. Y., c/GCBA s/amparo”, sentencia del 24/4/12, *Fallos*, 335:452.

En ese contexto, la Cámara entendió que mediante la ley 3706 el legislador ejerció la atribución reglamentaria a que se hacía referencia en el precedente “Alba Quintana” del Tribunal Superior de Justicia y que, a su entender, en ella se establecían parámetros coincidentes con los precedentes de la Sala citados. A continuación, consideró que en el caso no se había demostrado que el estado de vulnerabilidad socioeconómica del actor se hubiese modificado, sino que el amparista continuaba en situación de emergencia habitacional y que la demandada no había probado que la continuación de la prestación trajera como consecuencia la desatención a otras personas en igual o mayor situación de vulnerabilidad. Agregó que el deber asistencial del Estado local no se circunscribía a una o algunas prestaciones temporarias, sino que se encontraba obligado a desarrollar en forma permanente políticas públicas positivas tendentes a la inclusión social de los sectores de pobreza crítica, sin que pueda suspenderlas en caso de no garantizar debidamente el derecho vulnerado. Finalmente, afirmó que, en el *sub lite*, no se habían acreditado argumentos vinculados a la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales (fs. 223/226 vuelta).

3. En su recurso de inconstitucionalidad (fs. 239/256 vuelta) el GCBA sostuvo, en primer lugar, que la sentencia era nula por incurrir en arbitrariedad fáctica y sorpresiva al decidir en una sentencia “*ómnibus*” numerosas causas en las cuales se ventilaban situaciones de hecho y de derecho distintas, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso concreto. Adujo que la súbita acumulación de las causas había dejado a la demandada sin defensa respecto de esa decisión.

También se agravó porque la Cámara, al rechazar los agravios respecto del monto de los subsidios, se había apartado sin fundamento alguno, de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, otorgando un beneficio mayor al que allí se establecía. Adujo que la interpretación que hizo de la ley 3706 era errónea y consideró que dicha norma ratificaba o confirmaba las acciones realizadas por el GCBA a través de los programas de emergencia habitacional implementados por los decs. 690/06, 960/08 y 167/11. Por último, atacó la forma en que fueron impuestas las costas tanto en primera instancia como en la Cámara.

4. El Fiscal General opinó que correspondía hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia y reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento (fs. 327/337 vuelta).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. En el *sub examine* no se encuentra controvertido que la parte actora *i)* inició éstas actuaciones con el objeto de que se condenara al GCBA a que le garantizara su derecho a una vivienda digna; y *ii)* que es un adulto mayor de 60 años y se encuentra en *situación de vulnerabilidad* (conf. fs. 143/148 vuelta). Finalmente, tampoco es materia de discusión la vinculación, o anclaje, que tiene el accionante con la Ciudad (fs. 223/226 vuelta)

2. En el caso, el GCBA pretende resistir la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó, en los términos ya reseñados en el punto 2 de los “*resulta*”, la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, sin emitir juicio sobre la forma en que la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario emitió la sentencia —uso de un listado de casos en el expediente madre y agregado de una fotocopia simple en los restantes casos—, los agravios del GCBA contra esa decisión resultan sustancialmente análogos a los examinados por el Tribunal *in re*: “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 9903/13, sentencia del día 4/6/2014.

En ese marco, por las razones que dimos en esa oportunidad, a las que respectivamente nos remitimos y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad del GCBA; revocar la sentencia de fs. 223/226 vuelta; y condenar al GCBA a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación del accionante.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113, inc. 3° de la CCABA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, el recurso fue bien concedido por los jueces *a quo*.

El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal:

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención, otra vez, a la persistencia del GCBA, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

2. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La 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”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

3. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

La C.N. y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho a la vivienda adecuada: así, los arts. 14 bis de la C.N., 25 de la DUDH, 11 de la DADDH, 11 del PIDESC, 5º, inc. e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (*Fallos*, 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688—, sentencia del 21/9/2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23/12/2004). La Corte también receptó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/9/2006, serie C. Nº 154). Así, en las causas “Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/7/2007 (*Fallos*, 330:3248) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia del 31/8/2010 (*Fallos*, 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda

adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural.²²⁷

²²⁷ “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. 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 párr. 1° del art. 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...”

“... Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes”:

“*Seguridad jurídica de la tenencia.* (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados”.

“*Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“*Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“*Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“*Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en

Asimismo, el Comité opinó que “...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada”.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada “...se aplica a todos” y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (art. 31 de la CCABA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido con la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El art. 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “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 las que tienen menores posibilidades”.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados y que se ratifiquen (art. 10 de la CCABA).

4. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

El art. 2.1 del PIDESC dispone que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la

zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”. “*Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“*Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se 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” (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

Como señalé más arriba, el art. 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los arts. 26 de la CADH y 31 de la CCABA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De estas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el *compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2° en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración* (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. *Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*”.

“*La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párr. 1° del art. 2° es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’.* La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el art. 2° del PIDCP e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.* Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, *la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”.

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en ob-

servar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, El art. 2º del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, *debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...*”.

En la causa “Tolozá” señalé que “el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos “Brown v. Board of Education”²²⁸ o “Sejean”²²⁹ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

“En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de *Fallos*, 169:111”.

5. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto

²²⁸ 347 Scotus 483 (1954).

²²⁹ *Fallos*, 308:2268 (1986).

de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Toloza” sostuve que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta insostenible lo afirmado por la parte demandada que pretende cesar en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y convencionales sin demostrar —tal como le exige el régimen general en materia de derechos humanos— que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

6. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (art. 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que esta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General n° 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados ‘derechos sociales’ que solo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los ‘derechos sociales’ sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al

Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla”.

7. *La ley 3706:*

La ley 3706 de “Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo de Situación de Calle” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la C.N., la CCABA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2º, inc. a de la ley 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente *y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno*”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General nº 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Así, sorprende que el recurrente sostenga —sin fundarlo siquiera mínimamente— que la norma en análisis es compatible con las políticas públicas que fijó y que los jueces *a quo* consideraron, por sus limitaciones, incompatibles con la satisfacción del derecho que reivindica la parte actora.

En este contexto, no hay más que confirmar la sentencia impugnada.

8. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada e imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (art. 62, párr. 2º del CCAyT).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 223/226 vuelta y *condenar* al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, a la situación del accionante.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “Valdez, Mario Enrique c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, expte. nº 9903/13, suscripta el 4/6/2014.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCCV - CISNERO, JULIO ALBERTO C/GCBA Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN CISNERO, JULIO ALBERTO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO²³⁰

Recursos. Legitimación procesal. Ministerio Público. Unidad de actuación. Excusación. Fundamentación por remisión a precedente.

Expte. SACAyT n° 10.850/14 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. Vienen estos autos al Tribunal para entender en: *i*) el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora (fs. 305/319) contra la sentencia de la Sala I de fecha 6/6/2012 que confirmó la decisión de grado de imponer sanciones conminatorias al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), pero declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 30 del CCAyT —en cuanto establece que las astreintes son a favor del titular del derecho afectado por el incumplimiento— y resolvió que tuvieran el destino que dispusiera el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28 inc. 3°, CCAyT) a los fines de su aplicación para un fin público (fs. 290/292); *ii*) el recurso de inconstitucionalidad incoado por el Ministerio Público Tutelar (fs. 397/407 vuelta) contra la misma sentencia de la Sala I y con respecto a idéntica cuestión, y *iii*) el recurso de queja del GCBA (fs. 436/444) para sostener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el decisorio de la Sala I de fecha 16/9/2013 que hizo lugar al acuse de caducidad de la instancia abierta en virtud del recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA contra la sentencia de la Sala de fecha 06.6.12 (fs. 357/359 vuelta) en cuanto confirmó la imposición de astreintes resuelta por el juez de primera instancia.

2. Julio Alberto Cisnero, por sí y en representación de sus hijos menores, promovió una acción de amparo contra el GCBA a fin de que se le brinde una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad (fs. 1/35). En ese contexto, el magistrado de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada (fs. 88/90 vuelta). Luego de diversas contingencias procesales se intimó a la demandada a suministrar determinada información (fs. 230). La falta de contestación a dicho requerimiento dio lugar a una nueva intimación (fs. 233) y, dada la reticencia en responder, se impuso al GCBA una multa de \$100 por cada día de retardo (fs. 242). Esta decisión fue apelada por el GCBA (253/255) y motivó el dictado de la sentencia de la Sala I de fecha 6/6/2012.

A través de ese decisorio la alzada confirmó la decisión de grado de imponer sanciones conminatorias al GCBA pero declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 30 del CCAyT —en cuanto establece que las astreintes son a favor del titular

²³⁰ *Nota del editor:* Se agrega a este expediente copia de la resolución dictada por este Tribunal el día 6/2/2013 en los autos “Gorondon, Juan Carlos s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Gorondon, Juan Carlos c/Ministerio de Desarrollo Social y otros s/otros procesos incidentales”, expte. n° 8739/12, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. 2013/A, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. XXXX.

del derecho afectado por el incumplimiento— y resolvió que tuvieran el destino que dispusiera el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28 inc. 3 CCAyT) a los fines de su aplicación para un fin público (fs. 290/292).

3. Esta decisión, en cuanto modificó el destino de las astreintes, dio lugar al recurso de inconstitucionalidad de la actora (obrante a fs. 305/319). Allí afirmó que el decisorio impugnado resulta equiparable a uno definitivo pues no es susceptible de ser discutido con posterioridad. Tachó de arbitrario el pronunciamiento recurrido y sostuvo que existe caso constitucional porque *i)* viola la garantía de defensa en juicio al modificar el sujeto acreedor de una sanción firme y consentida por el obligado; *ii)* afecta el derecho a la tutela judicial efectiva al vulnerar el principio de congruencia y dispositivo pronunciándose sobre tópicos que no fueron materia de agravio, lo que excede la competencia revisora de la Cámara; *iii)* declara la inconstitucionalidad de oficio de una norma que no es la que sustenta el acto u omisión lesiva sobre el que se basó la acción de amparo, y *iv)* viola el principio de legalidad, de división de poderes, la garantía de igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad.

4. Por su parte, el GCBA también interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el decisorio de la Cámara de fs. 290/292 en tanto confirmó la imposición de astreintes resuelta por el juez de primera instancia (fs. 324/332).

La parte actora solicitó que se declarara la caducidad de la tercera instancia con sustento en que desde el proveído del tribunal *a quo* de fecha 31.8.2012, que ordenó el pertinente traslado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA y le encomendó su notificación, habían transcurrido más de treinta días sin que la demandada hubiera llevado a cabo acto impulsorio alguno (fs. 346/347 vuelta).

5. Luego de contestados los respectivos traslados por parte de la demandada (fs. 335/336 vuelta y fs. 354/355), la Cámara —por un lado— hizo lugar al acuse de caducidad de la instancia abierta en virtud del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA y —por el otro— concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la accionante (sentencia de fecha 16/9/2013, fs. 357/359 vuelta).

Para así decidir, con respecto a la primera cuestión, la Sala I Contencioso Administrativo y Tributario destacó que ese tribunal ordenó el traslado del recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA a lo que añadió la expresión “notifíquese”, la cual importa ordenar que la notificación sea efectuada personalmente o por cédula. A su vez, expresó que rige al respecto el principio general del art. 121, CCAyT, de aplicación supletoria a los procesos de amparo, según el cual la cédula es suscripta por el letrado de la parte que tenga interés en la notificación, en el caso, el representante de la demandada. Luego, dado que desde la fecha en que había ordenado el traslado en cuestión hasta el planteo realizado por la actora, había transcurrido en exceso el plazo legal de caducidad de la instancia, consideró que correspondía declarar la caducidad con respecto al recurso de inconstitucionalidad del GCBA.

Por otra parte, entendió que el recurso de inconstitucionalidad de la actora era admisible pues en una causa sustancialmente análoga este Tribunal Superior de Justicia consideró configurada la existencia de un caso constitucional.

6. Contra la sentencia de la Cámara de fecha 16.9.13 el GCBA interpuso un nuevo recurso de inconstitucionalidad. Allí expresó que la decisión cuestionada constituye una sentencia definitiva en tanto le produce un agravio irreparable. Destacó que lo decidido lesionaba su derecho de defensa en juicio pues se la privaba de obtener una decisión fundada en derecho (fs. 362/367 vuelta). El Dr. Lodeiro Martínez, en calidad

de gestor de la parte actora, contestó el traslado que le fuera conferido (fs. 372/383). Gestión que se tuvo por ratificada mediante providencia de fecha 3/12/2013 (fs. 413).

7. El Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones también interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara de fecha 6/6/2012 de fs. 290/292, en lo que al destino de las astreintes concierne, y adhirió a los argumentos expuestos por la parte actora. A su vez, fundamentó la interposición del recurso de inconstitucionalidad y se expidió sobre el recurso extraordinario local incoado por la demandada contra la declaración de caducidad de la instancia (fs. 397/407 vuelta).

8. La Sala I Contencioso Administrativo y Tributario en su sentencia del 10/2/2014 resolvió denegar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA incoado a fs. 362/367 vuelta por entender que no se encontraba dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a definitiva y por cuanto solo controvertía cuestiones de hecho y prueba. Asimismo, concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Asesor Tutelar (fs. 418/420 vuelta).

Ello motivó el recurso de queja del GCBA (fs. 436/444).

9. Por encontrarse en la misma instancia procesal, se dispuso que la queja presentada por el GCBA que tramita bajo el n° de expte. 10708/14 se acumulara al expte. n° 10850/14 en el que tramitan los recursos de inconstitucionalidad de la actora y de la Asesoría Tutelar (fs. 427).

10. A fs. 457/460 dictaminó el Ministerio Público Tutelar y a fs. 465/469 hizo lo propio el Sr. Fiscal General. Este último opinó que correspondía rechazar por extemporánea la queja del GCBA y hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la actora y por el Ministerio Público Tutelar, revocar la sentencia recurrida en cuanto dispuso la declaración de inconstitucionalidad parcial del art. 30, CCyT, y previó un destino distinto al previsto por la citada norma, a las astreintes impuestas.

11. A fs. 478 la jueza Inés M. Weinberg se excusó de intervenir en esta instancia por haber pronunciado la sentencia de fondo recurrida en autos (fs. 290/293).

FUNDAMENTOS:

I) Excusación de la jueza Inés M. Weinberg:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS, ANA MARÍA CONDE, LUIS F. LOZANO y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

La razón expresada por la jueza Inés M. Weinberg justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 23 y 11, inc. 6°, del CCyT, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2°, ley 402.

II) Recursos de inconstitucionalidad concedidos y recurso de queja:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

A) Recurso de queja del GCBA (expte. 10708/14)

1. El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 436/444 vuelta —tal como señala el Fiscal General— no fue deducido en tiempo oportuno, razón por la cual debe ser rechazado.

2. En efecto, de las constancias agregadas a la causa surge que:

- a) el GCBA fue notificado —mediante cédula— en el domicilio constituido del rechazo del recurso de inconstitucionalidad el día 24/2/2014 (véase informe del Oficial Notificador de fs. 422 vuelta); y

b) la interposición del recurso fue efectuada ante este Tribunal con fecha 28/2/2014 (véase cargo de fs. 444 vuelta).

En el caso, entonces, la presentación resultó extemporánea pues el plazo para interponer el recurso de hecho ante el Tribunal vencía el 26/2/2014 (art. 23 de la ley 2145) sin perjuicio de que hubiera podido ser deducida dentro de las dos primeras horas hábiles judiciales del 27/2/2014 (conf. art. 108, último párrafo, del CCyT aplicable supletoriamente en los términos del art. 28 de la ley 2145).

3. Como lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, el plazo para interponer la queja es perentorio, por lo que su vencimiento ha dejado firme la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad decidida por la Cámara de Apelaciones [conf. este Tribunal *in re* “Bujman Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Bujman Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)’”, expte n° 2498/03, resolución de fecha 18/12/2003 y “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘D’Urso, Hernán María c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte n° 3007/04, sentencia de fecha 12/8/2004, entre otros].

4. En virtud de las consideraciones expuestas y de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, corresponde rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

B) Recursos de inconstitucionalidad de la parte actora y del Asesor Tutelar (expte. 10850/14)

Atento las peculiaridades que presenta la causa *sub examine* —en particular, la estrategia procesal adoptada por los distintos órganos integrantes del Ministerio Público de la Ciudad mediante el desdoblamiento de las pretensiones recursivas—, corresponde adentrarse en el conocimiento de los dos recursos de inconstitucionalidad deducidos por el Ministerio Público local conforme al principio de unidad de actuación (conf. art. 4, ley 1903), sin que esta circunstancia implique reconocer legitimación procesal de la Asesoría General Tutelar para efectuar este tipo de planteos en otros supuestos.

La cuestión planteada en *autos* resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* “Gorondon, Juan Carlos s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gorondon, Juan Carlos c/Ministerio de Desarrollo Social y otros s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 8739/12, sentencia de fecha 06/2/2013.

Por las razones dadas en esa oportunidad en nuestros respectivos votos, a las que nos remitimos, y que deberán ser incorporadas mediante agregado de copia de esa decisión a este expediente, votamos por hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad y dejar sin efecto el punto 3° de la parte dispositiva de la sentencia de la Sala I de fecha 06/6/2012 que establece: “3. Asimismo, de conformidad con los fundamentos expuestos por la mayoría del tribunal, disponer que las astreintes cuya imposición se confirma tendrán el destino que disponga el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28.3, CCyT) —previa comunicación que al respecto se le curse en los términos del art. 6°, res. 116/PJCABA/CMCABA/01— a los fines de su aplicación a un fin público”.

Las costas, si las hubiera, deben imponerse en el orden causado, en atención a que la representación letrada de la actora y el Asesor Tutelar que intervinieron en esta incidencia son funcionarios y agentes del Estado local.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Expte. n° 10.708:

Por las razones expresadas por mis colegas preopinantes en su voto conjunto para esta queja, que comparto, adhiero a la solución que proponen.

Expte. n° 10.850:

Concurro también con lo manifestado por los jueces José O. Casás y Ana María Conde en cuanto afirman que la cuestión planteada por la parte actora y la AGT es sustancialmente análoga a la resulta por el Tribunal *in re* “Gorondon”, por lo que me remito a los argumentos que expresara en mi voto para esa causa, el que deberá ser agregado como parte de este pronunciamiento.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la parte actora y por el Ministerio Público Tutelar y dejar sin efecto la sentencia impugnada en cuanto fuera materia de agravio. Costas por su orden. Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Por las razones que brindan los jueces José O. Casás y Ana María Conde, a las que adhiero, corresponde rechazar la queja n° 10708, deducida por el GCBA.

2. En cuanto a los recursos de inconstitucionalidad de fs. 305/ 319 y fs. 386/ 389 vuelta, la cuestión propuesta resulta sustancialmente análoga a la resuelta *in re* “Gorondon, Juan Carlos s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gorondon, Juan Carlos c/Ministerio de Desarrollo Social y otros s/otros procesos incidentales’”, expte. n° 8739/12, sentencia de fecha 6/2/2013. En tales condiciones, por las razones que expresé en el mencionado pronunciamiento, a las que me remito, corresponde declarar mal concedidos los recursos de inconstitucionalidad mencionados (sin costas, conf. art. 14, CCABA).

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Aceptar* la excusación de la Sra. jueza Inés M. Weinberg para intervenir en el recurso que tramita en autos.

2°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Julio Alberto Cisnero.

4°. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Tutelar.

5°. *Dejar sin efecto* el punto 3° de la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario obrante a fs. 290/292.

6°. *Imponer* las costas por su orden.

7°. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos “Gorondon, Juan Carlos s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Gorondon, Juan Carlos c/Ministerio de Desarrollo Social y otros s/otros procesos incidentales”, expte. n° 8739/12, suscripta el 6/2/2013.

8°. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

“GORONDON, JUAN CARLOS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ‘GORONDON, JUAN CARLOS C/MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES’”

Expte. SACAyT n° 8739/12 - 6/2/2013

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Juan Carlos Gorondon acude en queja ante este Tribunal (fs. 1/25 vuelta) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 76/77 vuelta) que denegó el recurso de inconstitucionalidad que su parte dedujera contra la sentencia de esa alzada que confirmó la decisión de grado de imponer sanciones conminatorias al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), pero declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 30 del CCAyT —en cuanto establece que las astreintes son a favor del titular del derecho afectado por el incumplimiento— y resolvió que tuvieran el destino que dispusiera el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28, inc. 3°, CCAyT) a los fines de su aplicación para un fin público (fs. 54/55 vuelta).

La Sala I no concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto porque consideró que el pronunciamiento atacado no reunía “la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional. Además la recurrente no ha demostrado que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva” (fs. 76 vuelta).

En el recurso de hecho, el amparista afirma que la Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad de manera infundada puesto que “no ha desarrollado, ni siquiera en forma sumaria, por qué —a su entender— mis planteos referidos al carácter de definitivo del resolutorio eran desechables” (fs. 6 vuelta). Insiste en que el decisorio impugnado en el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener,

reúne la calidad de definitivo “toda vez que impide el replanteo de la cuestión relativa al destino de las astreintes —en cabeza de la parte perjudicada por el incumplimiento— en ninguna otra instancia, a la vez que el gravamen causado por la pérdida definitiva de la posibilidad de percibir el monto correspondiente a la sanción procesal, tal como lo reconoce el ordenamiento aplicable no puede ser reparado con suficiencia en ninguna otra oportunidad ulterior” (fs. 1 vuelta); “lo resuelto por la Sala I ha decidido, en última instancia, sobre el destino de las astreintes y consecuentemente, sobre los destinos constitucionales que en ella se asientan” (fs. 2). Tacha de arbitrario el pronunciamiento recurrido y sostiene que existe caso constitucional porque *i)* viola la garantía de defensa en juicio al modificar el sujeto acreedor de una sanción firme y consentida por el obligado; *ii)* afecta el derecho a la tutela judicial efectiva al vulnerar el principio de congruencia y dispositivo pronunciándose sobre tópicos que no fueron materia de agravio, lo que excede la competencia revisora de la Cámara; *iii)* declara la inconstitucionalidad de oficio de una norma que no es la que sustenta el acto u omisión lesiva sobre el que se basó la acción de amparo; y *iv)* viola la garantía de igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad.

2. En el caso, Juan Carlos Gorondon promovió una acción de amparo, manifestando que se encontraba en situación de calle, a fin de que se lo reincorporara en el programa habitacional vigente en el ámbito del GCBA disponiendo un subsidio acorde con sus necesidades, y solicitó como medida cautelar que se lo incluyera en los programas de emergencia habitacional (fs. 28/40vuelta).

El juez de grado con fecha 2 de octubre de 2008 hizo lugar a la medida impetrada y ordenó al Ministerio de Desarrollo

Social del GCBA que adoptara las medidas necesarias para garantizar el alojamiento del actor (fs. 41/43).

Posteriormente, por resolución del 12 de mayo de 2009, ordenó al GCBA que “produzca un informe y determine si las condiciones sociales-habitacionales que motivaron la inclusión del actor en el programa implementado en el Decreto N° 690/06, y justificaron el otorgamiento de la medida cautelar en autos, no han variado sustancialmente, de tal forma que sin el aumento otorgado no podría afrontar el pago de una vivienda adecuada a sus necesidades” (fs. 45 vuelta).

Finalmente, en lo que ahora importa, el juez de primera instancia dispuso que “En atención a lo solicitado y no habiendo el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dado cumplimiento con el requerimiento ... hago efectivo el apercibimiento allí dispuesto y le impongo una multa de pesos cincuenta (\$50) por cada día de retardo en suministrar la información —informe social ordenada con fecha 12 de mayo y reiterada con fecha 14 de octubre del corriente año— a partir del vencimiento de la prórroga...” (conf. art. 30 del CCAyT) (fs. 47).

3. Disconforme con esta decisión, el GCBA apeló y fundó su recurso (fs. 49/50 vuelta). Se agravó de la imposición de la multa, argumentando que “la supuesta resistencia no existe en autos” (fs. 49 vuelta). Subsidiariamente planteó la notoria desproporcionalidad e irrazonabilidad del monto de la sanción que, a su criterio, configuraba “un claro exceso de punición antecedido por un evidente exceso de jurisdicción” (idem).

La parte actora contestó el traslado y solicitó la confirmación de la resolución recurrida (fs. 51/53 vuelta).

La Sala I de la Cámara CAYT resolvió “1) rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada con el alcance dispuesto en el apartado I del voto de la mayoría relativo al destino de las astreintes, con costas; 2) Disponer

que las astreintes reguladas en el art. 30 del CCAyT tendrán el destino que disponga el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28.3, CCAyT)—previa comunicación que al respecto se le curse en los términos del art. 6, res. 116/PJCABA/CMCABA/01— a los fines de su aplicación a un fin público” (fs. 55 vuelta).

Para así decidir la mayoría conformada por los jueces Weinberg y Corti, se remitió a “las consideraciones realizadas en el precedente ‘Halfon Samuel contra GCBA y otros sobre amparo por mora administrativa, expte. n° 28.975/0, del 3/12/2010’” y entendió que “el destino de las astreintes establecido en el art. 30, CCAyT resulta irrazonable por no ajustarse a las particularidades propias del proceso contencioso administrativo y tributario. Por lo expuesto, y siguiendo las pautas establecidas por la Corte federal en las causas ‘Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes’ del 27/9/2001, y ‘Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra’, del 19/8/2004, y por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el precedente ‘Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa A. y otros’, del 7/10/2002 (voto de la Dra. Conde), corresponde, en el caso de autos, la declaración de inconstitucionalidad del destino de las astreintes determinado en el art. 30, CCAyT por resultar contrario al principio de razonabilidad que emana del art. 28 de nuestra Carta Magna” (fs. 55).

Por su parte, el juez Balbín propició que las astreintes tuvieran el destino dispuesto en el párr. 1° del art. 30 del CCAyT, porque consideró no aplicables al caso — que no es una acción con objeto procesal colectivo— las consideraciones efectuadas en el precedente citado (fs. 55 vuelta).

4. Contra la sentencia de Cámara, el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 58//73 vuelta). Sostuvo que el pronunciamiento era arbitrario y violatorio de la garantía de defensa en juicio y del derecho de propiedad, en cuanto modifica

el destino de las astreintes que confirma. Planteó que la Cámara había excedido su jurisdicción al pronunciarse sobre cuestiones —el destino de las astreintes— que no habían sido propuestas en los agravios lo que descalifica al decisorio como acto judicial válido.

Por otra parte, manifestó que la declaración de oficio de la inconstitucionalidad del art. 30 del CCAyT “constituye un claro supuesto de desvío de la competencia atribuida a los jueces en la acción de amparo” (fs. 65 vuelta) toda vez que la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma, otorgada por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la CCABA, “está consreñida a que en ella se funde la lesión al derecho que sustenta la acción incoada por la parte actora” (fs. 66).

Con respecto a la remisión a los fundamentos dados en el precedente “Halfon”, el recurrente señaló que afecta la validez de la sentencia cuestionada por no ser autosuficiente, en la medida que, al no transcribir ni integrar el pronunciamiento con copia del fallo referenciado, priva a su parte de contar con todos los elementos para ejercer plena y oportunamente su derecho de defensa.

En cuanto al fondo de la cuestión afirmó que afecta la división de poderes pues la “manipulación normativa nos da un nuevo ‘instituto jurídico’ producto de la combinación forzada entre la multa —prevista en el art. 28 del CCAyT— y las astreintes —previstas en el art. 30 de dicho cuerpo normativo—. El resultado es una figura con ropaje de astreintes y alma de multa. Su consecuencia, en la realidad fáctica es: el beneficiario de los mismos será ‘una entidad’ a elegir por el Consejo de la Magistratura” (fs. 68 vuelta).

Finalmente, se agravio de que la sentencia atacada vulneraba la garantía de la igualdad “colocándome en una situación de vulnerabilidad y desventaja frente a aquellos que logran a su favor percibir la condena económica impuesta al GCBA

por el incumplimiento sostenido a sus obligaciones y que sustenta la condena en astreintes” (71 vuelta).

El GCBA no contestó el traslado (fs. 75).

La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora (fs. 76/77 vuelta), reseñada en el punto 1, motivó la queja que originó estas actuaciones.

5. Requerido su dictamen, el Fiscal General (fs. 87/89 vuelta) propició el rechazo de la queja porque, en su opinión, la decisión impugnada no es una sentencia definitiva ni equiparable a tal, debido al carácter de provisionalidad de las astreintes.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja interpuesta por la parte actora debe ser rechazada en atención a que el recurso de inconstitucionalidad cuya procedencia viene a defender no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, toda vez que no se trata de la que resuelve el pleito ni una que impida su continuación y no se ha acreditado que los agravios que se pretenden traer a conocimiento de este Estrado pongan en vilo un derecho de imposible o tardía reparación ulterior.

2. La recurrente objeta la modificación dispuesta por el *a quo* del destino de las astreintes, porque importó apartarse de la regla que, a este respecto, establece el art. 30 del CPCAyT; sin embargo, aún cuando aquella invoca afectado su derecho de propiedad, omite expresar por qué el monto resultante de la imposición de *astreintes* se habría incorporado definitivamente a su patrimonio y, por ello, que la modificación de su destino conlleve el menoscabo de un derecho en condiciones de habilitar la intervención de este Tribunal.

Más allá del acierto o error de la decisión de la Cámara, las *astreintes* se encuentran reguladas en el CPCAyT —así como también en el art. 666 bis del Cód.

Civil— como un instituto destinado a brindar al juez una herramienta para estimular el acatamiento de órdenes judiciales, con el objeto de asegurar tanto el cumplimiento de las sentencias que resuelvan el pleito como para facilitar que se arribe al dictado de una sentencia útil en tiempo oportuno. Los créditos que puedan surgir de la aplicación de las *astreintes*, más allá de que el destino dispuesto por las leyes para esos montos sea el titular del derecho afectado, no tienen como objeto la reparación de un perjuicio, ni retribuir con una pena una conducta ilícita del obligado sino que, como se dijo, tienen como fin compeler el cumplimiento de las mandas judiciales. Esa es la razón por la que el art. 30 del CPCyT (del mismo modo que el art. 666 bis del Cód. Civil) expresamente prevé que las condenas al pago de *astreintes* pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas, dependiendo de la actitud del sujeto pasivo o de los justificativos que pudiera brindar. En otros términos, la imposición de *astreintes* no causa estado y, por ello, frente a la omisión de la recurrente en realizar un mínimo de desarrollo argumental, no es posible asumir, como lo hace esta, que el beneficiario adquiera allí un derecho, indubitadamente cuando, como en el caso, este no ha percibido esos montos. En sentido concordante se ha manifestado la doctrina, con relación a la norma del Código Civil pero con conceptos trasladables a autos, entre los que puede mencionarse el comentario al art. 666 bis del Cód. Civil realizado por Aida Kemelmajer de Carlucci en BUERES, Alberto J. (dir.), y HIGHTON, Elena I. (coord.): *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 579 y ss., y el de Oscar J. Ameal en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A.: *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 247 y ss.; así como también a LLAMBÍAS, Jorge J.: *Tratado de derecho*

civil, t. I, 6ª ed., Abledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 89 y ss.

Consideraciones semejantes han sido expresadas por la CSJN al señalar que “...uno de los caracteres esenciales de las *astreintes* es su provisionalidad, como también la ausencia de cosa juzgada derivada de la resolución que las impuso (art. 666 bis del Cód. Civil), de modo que al no haber decisión con carácter de definitiva sobre el punto en cuestión, aparece inequívocamente aplicable la nueva legislación que veda la imposición de dichas sanciones” (*Fallos*, 320:61).

Por su parte, en sentido similar también se ha expedido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal al decir que “...mientras la indemnización por daños y perjuicios reconocida en sentencia firme, constituye un elemento del activo patrimonial del acreedor sin posibilidad constitucional de un ulterior desmedro, las *astreintes* devengadas no configuran, como principio, un derecho patrimonial definitivamente adquirido por el titular del derecho infringido. Estas tienen por causa una decisión judicial que no pasa en autoridad de cosa juzgada, y cuyas derivaciones siguen la suerte que, de hecho, experimente esa misma decisión. Por ello, no es posible objetar que se dejen sin efecto las *astreintes*, con el argumento de que son un derecho patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional” (Sala III, “E., G. c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, 23/6/2011).

3. De lo hasta aquí expuesto surge que los agravios de la quejosa redundan en una cuestión procesal, sin que hubiera mostrado que la sentencia objetada pueda ser equiparada a una definitiva porque no ha brindado un mínimo de razón para afirmar que hay un derecho incorporado a su patrimonio, que da por sentado pero sin demostrar, frente a los obstáculos enunciados, que la interpretación de las normas procesales que hizo la Cámara para concluir que no lo acuerdan definitivamente fuera arbitraria. En orden a lo dicho en úl-

timo término, resulta acertado reiterar la doctrina sentada en la constante jurisprudencia de este Tribunal que establece que la interpretación de las normas procesales es una cuestión privativa de los jueces de mérito y por lo tanto, como regla, ajena a la competencia de este Tribunal, razón por la cual la CSJN ha entendido que, como principio, las cuestiones relativas a la forma y condición de aplicación de las astreintes resulta ajena al recurso extraordinario federal (*in re* “Alejandro Buezas v. Edificadora Lezica”, *Fallos*, 289:413; entre otros), criterio, *mutatis mutandi*, aplicable al recurso de inconstitucionalidad local cuya procedencia viene a defender la presente queja.

Por las razones expuestas, en sentido concordante con lo dictaminado por el Fiscal General, voto por rechazar la queja obrante a fs. 1/25.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja

El recurso de queja deducido interpuesto en tiempo y forma, dirige una crítica concreta y suficiente contra la resolución denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad.

El actor demuestra que la sentencia contra la que interpuso recurso de inconstitucionalidad es equiparable a definitiva. Ello así, por cuanto la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario cambió el destino de las astreintes al declarar oficiosamente la inconstitucionalidad del art. 30 del CCAyT (esa norma dispone que las sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas son a favor del titular del derecho afectado). La decisión provoca una situación irreversible para el quejoso beneficiario de las astreintes ya que no hay otra alternativa procesal —salvo esta impugnación— que pueda neutralizar la lesión de derechos que invoca.

También acierta cuando aduce que el carácter provisorio de las astreintes no enerva el carácter definitivo de la decisión impugnada, dado que la provisoriedad solo se mantiene hasta que se efectiviza la san-

ción y queda firme el apercibimiento, por lo que el tópico no es ajeno a la cuestión que aquí se debate.

Recurso de Inconstitucionalidad

1. El 23/11/2009 el juez de grado hizo efectivo el apercibimiento, decisión que fue apelada por el GCBA. La Cámara, que podía confirmar, revocar o reducir las astreintes, optó por confirmarlas. Simultáneamente modificó de oficio al destinatario de la sanción.

Los agravios de la actora se refieren a la afectación del derecho de defensa, de propiedad, del debido proceso adjetivo y la arbitrariedad de la decisión impugnada.

La cuestión a dilucidar es: *i*) si la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ejerció legítimamente el control de constitucionalidad de oficio cuando alteró la imputación y destino económico de las astreintes, que fueran establecidos por el legislador a favor del titular del derecho afectado por el incumplimiento y si, además, *ii*) resulta válido que el tribunal superior de la causa, tras declarar la inconstitucionalidad indicada dispusiera que fuera el Consejo de la Magistratura quien definiera el destino de las astreintes.

2. Dado que en la sentencia bajo análisis y por todo fundamento los jueces de la Sala I remiten a la resolución interlocutoria que dictaran el 3/12/2010 en el expediente n° 28795/0 “Halfon Samule c/ GCBA y otros sobre amparo por mora administrativa”, debo incluir —para un correcto examen de la cuestión— lo pertinente del fallo citado, tal como consta en la base informática del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

Una aclaración más: *in re* “Halfon...”, los tres vocales de la Sala I coincidieron en declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 30 del CCAyT y disponer que el Consejo de la Magistratura percibiera las astreintes, pero en este caso el juez Balbín manifestó que su opinión en “Halfon” no era aplicable aquí.

Así pues, me limito a transcribir el voto conjunto de los jueces Weinberg y Corti: “IV.3 Sentado lo anterior, cuadra dejar asentado que el instituto bajo análisis constituye una herramienta fundamental para el ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto dota a los jueces de un medio de coacción para lograr el cumplimiento de sus decisiones, siendo por ende indiscutible su aplicación en los procesos contenciosos administrativos locales. Sin embargo, este Tribunal entiende que el destino de las astreintes —cuya regulación en el derecho privado ha sido aplicada directamente y sin modificaciones al CCAyT— no se ajusta a las particularidades propias del proceso contencioso administrativo y tributario. En este sentido, y dada la definición de causa contencioso administrativa plasmada en el art. 2º, CCAyT, no debe pasarse por alto que este tipo de proceso presupone una relación regida por el derecho público y conformada por dos partes, el particular, por un lado, y una autoridad administrativa, por el otro. A su vez, en la mayoría de los casos, la autoridad administrativa es la parte demandada y, por ende, el sujeto pasivo de las astreintes. De allí entonces que, en estos supuestos, la imposición de sanciones conminatorias repercuta en la renta pública, pues su pago debe afrontarse con fondos públicos, circunstancia que singulariza el proceso judicial administrativo. En la práctica, entonces, en un número importante de casos, la imposición de astreintes apareja una transferencia de fondos públicos al patrimonio de los particulares, sin que esta traslación guarde relación directa e inmediata con el objeto del juicio, lo cual es antifuncional en el marco de un Estado de Derecho. Ello así, en tanto los fondos públicos resultan necesarios para satisfacer los derechos garantizados por la Constitución Nacional y Local, y no solamente con respecto a quienes revisten el carácter de parte en los juicios que tramitan ante los estrados del poder judicial local, sino en favor de todos los habitantes. En este contexto, la

falta de adaptación del destino de las sanciones conminatorias según las características propias del proceso contencioso administrativo y tributario local, impone recurrir a la solución prevista en el artículo 28.3, CCAyT, que guarda cierta similitud con la figura de las astreintes —en tanto ambas constituyen manifestaciones del poder sancionador de los jueces— y, a su vez, contempla una solución acorde al carácter publicista de aquel proceso judicial. Esa norma regula la facultad de los tribunales de aplicar correcciones disciplinarias para mantener el buen orden y decoro en los juicios, estableciendo que ‘El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este código, se aplica al que le fije el Consejo de la Magistratura.’ Luego, la resol. 116/PJ-CABA/CMCABA/01 —que reglamenta el CCAyT— dispone que ‘Mensualmente, y antes de terminar cada mes, todos los magistrados que hayan impuesto multas, una vez firmes las imposiciones y efectivizadas las mismas, las comunicarán por medio de la Secretaría General al Consejo de la Magistratura, para que este determine el destino que les corresponda’ (art. 6). Toda vez que tanto las astreintes como las correcciones disciplinarias constituyen facultades sancionadoras que poseen los jueces tendientes a lograr un mejor servicio de justicia, y que las nombradas en segundo término tienen un destino acorde a las particularidades del proceso contencioso administrativo, corresponde otorgar a las sanciones conminatorias (art. 30, CCAyT) el destino previsto para las sanciones disciplinarias (art. 28.3, CCAyT). Ello así, en tanto no se advierte una razón plausible y razonable para asignar a la especie (astreintes) un tratamiento distinto del resto de los componentes del género (potestad sancionadora reconocida legalmente a los jueces). En este sentido, refuerza la conclusión antedicha la regulación de otra de las especies del género, esto es, las multas que los jueces pueden imponer a la parte vencida cuando se declara maliciosa o te-

meraría la conducta asumida en el pleito, cuyo beneficiario tampoco es la contraparte del juicio (art. 39, CCAyT). En efecto, el artículo citado prescribe que el importe de la multa es a favor de los hospitales de la Ciudad de Buenos Aires. IV.4 Por otra parte, cierto es que puede ocurrir, aunque con menor frecuencia, que en ciertos casos el deudor de las astreintes resulte ser un particular, sea la contraparte de una autoridad administrativa o un funcionario público, de conformidad con la última parte del artículo 30, que faculta al tribunal a disponer que la multa se haga efectiva en la persona del funcionario responsable del máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en incumplimiento. Con relación a estos casos, cuadra destacar que aun en el derecho privado se ha discutido si las sanciones conminatorias deben ser impuestas en favor de la parte o de terceros, tales como entidades de bien público. En este sentido, la doctrina civilista ha propuesto que el sujeto beneficiario de las astreintes no sea necesariamente y en todos los casos la parte, sosteniendo que ‘la imposición irremediamente en favor del acreedor genera difíciles problemas de resolver cuando el acreedor también peticiona daños y perjuicios. Por lo demás, olvida el aspecto publicístico, también consustancial a la figura en estudio. Por eso estimo que la ley debiera ser lo suficientemente flexible para permitir al juez dar uno u otro destino (o parte de él), conforme surja de las circunstancias del caso’ (conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, comentario al artículo 666 bis en BUERES, Alberto J. (dir.); HIGHTON, Elena I. (coord.): ob. cit., p. 584). Así las cosas, también en estos supuestos (astreintes impuestas a un particular, sea la contraparte de una autoridad administrativa o un funcionario público), corresponde estar al destino que fije el Consejo de la Magistratura. IV.5 En virtud de lo hasta aquí dicho, este Tribunal considera que el destino de las astreintes establecido en el art. 30, CCAyT resulta irrazonable toda vez que no se ajusta a las particularidades

propias del proceso contencioso administrativo y tributario” [*fin de la cita*].

3. El tratamiento de los agravios del recurrente exige ciertas precisiones para definir el alcance de su procedencia.

En primer lugar, no hay duda acerca de que los jueces están habilitados para aplicar astreintes; ni —como ya dije— del carácter provisorio de aquellas hasta la efectivización y firmeza del apercibimiento que las impone.

Tampoco se sostienen los cuestionamientos de la actora a la facultad del órgano jurisdiccional de ejercer de oficio el control de constitucionalidad en nombre de la violación del principio de congruencia y derecho de defensa. En verdad su postura se inserta en una discusión superada y poco relevante en especial cuando la Constitución local consagra esa posibilidad de manera expresa (conf. arts. 14, 106, CCBA).

4. La crítica que denuncia la ausencia de razonabilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 30 del CCAyT en el caso es en cambio concreta y acertada, por lo que el agravio habrá de ser receptado.

Los argumentos de la mayoría de la Sala I para declarar inconstitucional el destino de las astreintes (art. 30 del CCAyT) apenas expresan un juicio desfavorable respecto al mérito de la norma, pero no alcanzan a poner en crisis su validez.

Los fundamentos de la decisión recurrida se asemejan en este aspecto a una exposición de motivos propia de un proyecto dirigido a modificar el mencionado art. 30 del CCAyT, pero está muy lejos de justificar las alteraciones introducidas por los camaristas. En efecto, ni las referencias a las particularidades propias del proceso contencioso administrativo y tributario, que fueron definidas por el legislador, ni la circunstancia de que la aplicación de las astreintes repercuta en la renta pública alcanza para invalidar el art. 30 del CCAyT. Es oportuno agregar frente a la preocupación que surge del fallo impugnado en lo que hace a la afectación de fondos públicos

vía astreintes, que el cumplimiento de los mandatos judiciales sería el mejor camino para evitar estas situaciones. Pero como es obvio, la falta de habitualidad de estas prácticas por parte de los funcionarios si bien es importante, no da razones para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Dicho de otra manera, el acatamiento de las decisiones del poder judicial es la clave para diluir los perjuicios anunciados en el fallo recurrido, mientras que si aquellas son desoidas, la afectación excede la cuestión de la renta pública y se extiende al propio Estado de Derecho y la división de poderes.

5. También es adecuada a derecho la crítica que contiene el recurso a la posición sustentada por la Cámara en cuanto a que la aplicación de astreintes no guarda “relación directa e inmediata con el objeto del juicio”.

Si bien las astreintes pueden no estar directamente vinculadas a la pretensión, sí lo están con la efectividad del proceso, y si esta condición no se cumple no hay garantía de tutela del objeto del juicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en forma pacífica, reiterada y uniforme que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones de un tribunal de justicia y debe surgir de la ley misma y no de su aplicación irrazonable en el caso concreto. Es un acto de suma gravedad, *ultima ratio* del orden jurídico, al que únicamente ha de acudir cuando no haya otra posibilidad de solución adecuada para los derechos en juego. La declaración de inconstitucionalidad de una norma legal impone un examen estricto y acabado que sostenga la convicción plena de que su aplicación al caso conculca o colisiona con preceptos, principios y garantías de la Constitución Nacional (conf. Fallos, 317:44 y 324:920, entre otros).

Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad ejercido oficiosamente por la Sala I parte de premisas erradas, solo expresa diferencias con el criterio sentado

por el legislador, no satisface los requisitos exigidos por la Corte Suprema y no logra demostrar una incompatibilidad sustantiva y clara con el sistema de fuentes formales del derecho. En síntesis, el destino de las astreintes previsto en el art. 30 del CCAyT no exhibe una invalidez manifiesta ni incompatibilidad con normas superiores.

6. La desafortunada creación de derecho por el tribunal superior de la causa violenta por cierto el principio de división de poderes, al sustituir sin justificación suficiente una actividad eminentemente legislativa. Nótese que aquí no se suple una omisión para dar tutela efectiva a un derecho, sino que se suprime un derecho (el del actor) y se crea una competencia nueva (la del Consejo). La desprolijidad es relevante.

Por otra parte, es problemática y desafortunada la introducción de lo dispuesto en el art 283 del CCAyT. La analogía que se intenta acreditar deviene no de la similitud de situaciones entre el caso de autos y las previsiones del art 283 citado, sino de la interpretación de la Sala I. En efecto, este artículo, en lo pertinente, dispone que los tribunales pueden “[a]plicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este código y las leyes respectivas. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este código, se aplica al que fije el Consejo de la Magistratura”. Como se observa, *i)* el Código expresamente establece que las multas tienen *el destino especial fijado por el propio Código*. Como excepción, el Código asume la posibilidad de que existan multas sin destino especial; entonces, en este último supuesto *ii)* es el Consejo de la Magistratura quien establece el destino. Por lo tanto, la sentencia compromete también al Consejo de la Magistratura que se ve obligado a otorgar destino a una multa *que tenía destino especial*. Es decir, la decisión otorga al Consejo una facultad que la ley no le reconoce.

7. Es oportuno consignar además, en apoyo de la arbitrariedad de la sentencia, las consecuencias complejas y paradójicas que indica el actor en su recurso propo-

niendo diversas situaciones en las que la disfuncionalidad de la solución que defiende la Cámara aparece palmariamente. Por ejemplo podría suceder que el sujeto pasivo de las astreintes fuera un particular o, incluso, el propio Consejo de la Magistratura como parte en un litigio determinado (v.gr.: podría concurrir sobre el Consejo de la Magistratura en determinado supuesto la condición de sujeto pasivo de las astreintes y la facultad de elegir quién deba pagarlas, lo que no parece adecuado a derecho).

8. Por todo lo expuesto, la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho aplicable a los hechos de la causa. Media en el caso relación directa e inmediata entre lo debatido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas; en particular, se encuentra afectado el debido proceso porque se elude cumplir con lo ordenado en el art. 283 CCAyT por vía de una interpretación apoyada en simples razones de mérito, y no en un escrutinio estricto de la regla invalidada.

De lo dicho se sigue que la resolución impugnada es descalificable como acto judicial válido según la conocida doctrina de la Corte elaborada en torno a las sentencias arbitrarias (*Fallos*, 312:1150; 318:643; 324:2009, entre muchos otros). Corresponde pues, atento a su nulidad parcial (conf. art. 27, 4, CCAyT), dejar sin efecto el punto 2 de la parte dispositiva del fallo de la alzada cuanto dispone “2) Disponer que las astreintes reguladas en el art. 30 del CCAyT tendrán el destino que disponga el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28.3, CCAyT) —previa comunicación que al respecto se le curse en los términos del art. 6º, resol. 116/PJCABA/CMCABA/01— a los fines de su aplicación a un fin público”. Sin costas, por no haberse opuesto el GCBA al recurso de la parte actora. Así voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con mi colega la doctora Alicia E. C. Ruiz en que la decisión que se pretende poner en crisis —esto es,

aquella que con fecha 15/2/2011 confirmó las sanciones conminatorias impuestas por el juez de grado al GCBA pero dispuso de oficio que “las astreintes reguladas en el art. 30 del CCAyT tendrán el destino que disponga el Consejo de la Magistratura...” — resulta equiparable a una de naturaleza definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad que aquí se defiende.

Ello es así, pues, aun cuando la imposición de astreintes eventualmente pudiera ser modificada o dejada sin efecto por el tribunal *a quo* en caso que la demandada justificara fundadamente su proceder, lo resuelto en autos —al establecer de modo definitivo y en un modo distinto al previsto en la prescripción legislativa de marras el destino de las sanciones pecuniarias ya devengadas hasta el presente en el *sub examine*— determina la suerte de una cuestión incidental que no podrá ser materia de revisión en una etapa o proceso ulterior.

Es que, si bien las astreintes constituyen un instituto procesal de coerción para asegurar el cumplimiento de las medidas dispuestas por el tribunal —con lo cual, en principio, no hay un derecho a la percepción del crédito por la contraparte de la incumplidora— distinta es la situación cuando no se ha dado satisfacción al emplazamiento del tribunal bajo tal apercibimiento; oportunidad en la cual se genera, a partir de la configuración de los presupuestos de la clara prescripción legislativa, un derecho a título de reparación impropia a favor de la parte que ha sido perjudicada por la dilación.

2. Por su parte, el recurrente ha logrado acreditar que el cambio de destino de las astreintes devengadas en el *sub lite* constituye una decisión que exorbita las competencias que habilitaron la jurisdicción apelada de la que dispuso la Cámara, por lo que la sentencia impugnada no puede considerarse un acto jurisdiccional válido.

2.1. En efecto, es posible advertir que los agravios esgrimidos por el GCBA en la apelación deducida contra la resolu-

ción de fecha 23/11/2009 —mediante la cual el juez de grado impuso a la demandada la multa de pesos cincuenta (\$50) por cada día de retardo en presentar el informe social que se le ordenara en el marco de las actuaciones principales— procuraron resistir aquella decisión alegando la falta de existencia del contumaz incumplimiento endilgado mas en modo alguno cuestionaron el destino fijado por la norma legal para las astreintes ya devengadas (fs. 186/187 vuelta, expte n° EXP 30187/1). En particular, cabe señalar que en su petitório la demandada solicitó en términos claros y positivos que “se revoque sin más el decisorio en crisis” (fs. 187 vuelta, expte n° 30.187/1).

Así pues, asiste razón a la actora cuando señala que la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones CAyT no ha respetado el principio de congruencia, que en la instancia de apelación se resume con el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*.

Es que también en la apelación el principio de congruencia limita el ámbito decisorio en el que los jueces pueden intervenir válidamente. En palabras de Piero Calamandrei, “el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita solo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura” (“Apuntes sobre la *reformatio in peius*” en *Estudios sobre el proceso civil*, p. 301, traducción de Santiago Sentís Melendo, Omeba, Buenos Aires, 1961).

Este exceso de jurisdicción impone la descalificación de lo resuelto pues transgrede los requisitos constitucionales para la validez de la decisión, plasmados en las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio y legalmente desarrollados en los arts. 145, inc. 6°, y 147 del CCAyT

—que establecen los recaudos que deben cumplir las sentencias de mérito.

2.2. Por lo demás, para justificar lo decidido por la alzada tampoco podría invocarse que en el proceso de amparo se permite la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la norma en que se funda el acto cuestionado —art. 14, CCA-BA— porque en autos tal declaración se pronunció sobre una norma (en el caso, un segmento del art. 30 del CCAyT) que no obstaba la provisión de la tutela del derecho constitucional invocado por el actor, ni la atención de las defensas planteadas por el demandado.

Finalmente, la cita de un precedente dictado por el mismo tribunal en el marco de un amparo colectivo —conf. sentencia dictada por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario *in re*: “Halfon Samuel c/GCBA y otros s/ amparo por mora administrativa”, expte n° 28975/0—, más allá del acierto o error de tal decisorio, constituye un fundamento tan solo aparente frente a la falta de identidad de situaciones como las planteadas en el *sub lite*.

Las breves consideraciones que anteceden me llevan a admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora; y dejar sin efecto la sentencia de Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en cuanto dispone “que las astreintes reguladas en el art. 30 del CCAyT tendrán el destino que disponga el Consejo de la Magistratura conf. art. 28.3 CCAyT)...”. Sin costas, por no haber resistido el GCBA el recurso de la actora.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja interpuesta por el actor cumple los requisitos formales previstos en el art. 33 de la ley 402, y rebate con acierto los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

La Cámara, al denegar el recurso extraordinario local, consideró que el pronunciamiento impugnado no reunía la

condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional, y que tampoco se había desarrollado un caso constitucional ni un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

Sin embargo, asiste razón a la actora cuando sostiene que el pronunciamiento atacado, al confirmar las sanciones conminatorias impuestas por el juez de grado al GCBA pero modificar su destino —el beneficiario dejó de ser el recurrente—, resulta equiparable a uno definitivo, por cuanto causa un gravamen de imposible reparación ulterior, al tiempo que priva al interesado de otro medio legal para la tutela de su derecho (*Fallos*, 329:502, 1767 entre muchos otros).

No obsta a lo expuesto el carácter provisional de las astreintes: en primer lugar, porque lo decidido en el fallo en crisis establece de modo definitivo el destino de las sanciones pecuniarias impuestas y, en segundo término, porque se configura una excepción al principio general que indica que las astreintes no se ven afectadas por la cosa juzgada, cuando —como acontece en el *sub lite*— con menoscabo a la defensa en juicio, el tribunal superior de la causa, al aplicar las medidas conminatorias se apartó de los criterios aceptados en la materia [doctrina de *Fallos*, 322:68; 327:1258, 5850; 331:933 —“Btsh, Nadia c/Jouedjati José”, citado por el Fiscal General a fs. 89 vuelta de la queja— y, recientemente, por remisión del Alto Tribunal al dictamen de la Procuradora Fiscal, la causa “*Mercado, Florentino c/ENTEL Residual*”, sentencia de fecha 13 de marzo de 2012; entre otros].

Por otra parte, contrariamente a lo manifestado por el *a quo*, la actora ha configurado un genuino caso constitucional en torno a la lesión de su derecho de defensa y la garantía de la defensa en juicio, producto de una sentencia violatoria del principio de congruencia.

Corresponde entonces, admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

2. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia dictada por la Cámara el 15/2/2011, en cuanto declaró de oficio la inconstitucionalidad de la parte pertinente del art. 30 CCAyT que establece que el importe de las sanciones conminatorias “es a favor del/la titular del derecho afectado por el incumplimiento”, y en consecuencia resolvió que las astreintes tengan el destino que disponga el Consejo de la Magistratura a los fines de su aplicación a un fin público.

2.1. En primer lugar, corresponde analizar si la declaración oficiosa de inconstitucionalidad respeta las exigencias para la correcta aplicación de este remedio excepcional.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es una herramienta de la que gozan los magistrados para remover los obstáculos normativos que impiden, en el marco de una causa judicial, la plena vigencia de los derechos, principios y garantías consagrados por el plexo constitucional. Para preservar el principio de división de poderes, esta potestad debe ser ejercida con sumo cuidado, pues implica no aplicar una norma generalmente emanada de los poderes elegidos por el pueblo para desempeñar la función de administrar y legislar: es por ello que esta herramienta es considerada la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Como principio general, la declaración de inconstitucionalidad procede únicamente a pedido de parte, y siempre y cuando la norma respectiva constituya un obstáculo insalvable para la protección del derecho invocado por el interesado. Pero en ciertas ocasiones, aunque el propio interesado no lo haya peticionado expresamente, el magistrado puede declarar la inconstitucionalidad si esa es la única manera de tutelar los derechos debatidos en la causa y preservar la vigencia y plena efectividad de la normativa constitucional, lo cual no ocurre en este caso. Y es que la Cámara, para resolver adecuadamente el recurso de apelación presentado por el

GCBA —que delimitaba el alcance de su competencia—, no necesitaba expedirse sobre el destino de las astreintes, pues el Estado local solamente había cuestionado la imposición de las sanciones conminatorias, y no al acreedor de las mismas.

Por lo tanto, existió un ejercicio ilegítimo de la facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad de oficio, pues no existía ningún obstáculo que remover para una correcta resolución de la causa a la luz de la normativa constitucional aplicable. Más bien existió un pronunciamiento, aprovechando la oportunidad ofrecida por la apelación del GCBA, mediante el cual los magistrados que conforman el voto mayoritario sentaron posición sobre la inconstitucionalidad de una norma que no estaba cuestionada en forma expresa ni implícita por ninguna de las partes.

2.2. Lo que se aprecia, entonces, es una decisión de la Cámara totalmente desligada del caso concreto llevado a su conocimiento, una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma por motivos que atañen exclusivamente al parecer de los magistrados y que resultan ajenos al interés de las partes.

En el caso, el actor, beneficiario de las astreintes dispuestas en autos, expresó su voluntad, fundada en la ley, de exigir la imposición de esa sanción conminatoria, y el GCBA obligado a pagarlas se agravió, pero no porque el pago beneficiase al actor. La decisión adoptada no tuvo en cuenta la voluntad de las partes, afectó al actor y no benefició al demandado, pues modificó el destino de la sanción, pero no la levantó. Ello implica un exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales, al expedirse *extra petita*, más allá de las pretensiones de las partes.

Por tal motivo, podemos afirmar que el fallo en crisis vulneró el principio de congruencia y afectó el derecho de defensa y la garantía al debido proceso del amparista. Este exceso de la competencia apelada en que incurrió la Cámara al pronunciarse sobre cuestiones —el destino de

las astreintes— que no fueron propuestas al juez de primera instancia ni constituyeron aspectos del fallo objeto del recurso de apelación deducido por el GCBA, impone la descalificación de lo resuelto por aplicación, *mutatis mutandi*, de la doctrina de la Corte federal en materia de arbitrariedad (*Fallos*, 312:1612; 313:279; 321:330; 325:2803; 329:5903 entre otros).

2.3. Por último, y tal como sostiene el Dr. Casás en su voto, tampoco podría invocarse para justificar lo decidido por la alzada, que en el proceso de amparo se permite la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto cuestionado —art. 14, CCA-BA—, porque en autos la declaración se pronunció sobre una norma (en el caso, un segmento del art. 30 del CCAyT), que no obstaba la provisión de la tutela del derecho constitucional invocado por el actor, ni la atención de las defensas planteadas por el demandado.

La facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma otorgada a los jueces en la Constitución local en el marco de la acción de amparo debe interpretarse restrictivamente, y solo aplicarla en el supuesto previsto: cuando en ella se funda el acto u omisión lesiva que ha motivado el amparo. Lo contrario habilita un peligroso canal en el que los jueces, con el paraguas del proceso de amparo, se pueden convertir en revisores de todo el ordenamiento normativo, con el consecuente peligro para el equilibrio de poderes.

3. En mérito a lo anteriormente expuesto, voto por: *a)* admitir la queja; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora, y *c)* dejar sin efecto la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en cuanto dispone “que las astreintes reguladas en el art. 30 del CCAyT tendrán el destino que disponga el Consejo de la Magistratura conf. art. 28.3, CCAyT)...”. Sin costas, por no haber resistido el GCBA el recurso de la actora.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* el recurso de queja, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por Juan Carlos Gorondon y *dejar sin efecto* el punto 2 de la sentencia apelada, que establece “2) Disponer que las astreintes reguladas en el art. 30 del CCAyT tendrán el destino que disponga

el Consejo de la Magistratura (conf. art. 28.3, CCAyT) —previa comunicación que al respecto se le curse en los términos del art. 6, res. 116/PJCABA/CMCABA/01— a los fines de su aplicación a un fin público”. Sin costas.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCCVI - ANDRIANI, CARMEN S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN ACUÑA, JOSÉ FRANCISCO S/INFR. ARTS. 183 Y 149 BIS, C.P.

QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Requisitos formales, Rechazo. Falta de patrocinio letrado.

Expte. SAO n° 11.319/14 - 4/11/2014

VISTO:

el expediente mencionado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Carmen Andreani, por derecho propio, interpone ante la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, “recurso de queja contra la Resolución de fecha 11/8/2014 de la Juez de 1ra. Instancia por falla en el servicio de justicia” (fs. 6).

Manifiesta que efectuó una presentación en la que calificó de arbitrario lo resuelto por la juez de primera instancia en la audiencia del 15/7/2014. Agrega que es improcedente su rechazo fundado en razones de extemporaneidad y en su falta de legitimación por abandono de la querella.

Pide que se “revoque la resolución recurrida, se de curso a mis pedidos de oposición a declaración testigos, impugnar testigos, suspensión plazo de juicio” (*sic* fs. 7).

2. Recibidas las actuaciones el Tribunal íntima (fs. 11) a la presentante a fin de que en el plazo de tres días dé cumplimiento al requisito de contar con patrocinio letrado conforme lo dispuesto por el art. 11 del CPP, bajo el apercibimiento allí establecido.

La notificación se concreta el 12/9/2014, mediante cédula obrante a fs. 19 y vuelta.

3. El día 16/9/2014, la quejosa se presenta con patrocinio letrado y solicita que se ordene la suspensión de la audiencia de debate oral fijada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 21, “hasta tanto se resuelva el recurso de queja, en donde se encuentra controvertido la separación de esta parte como querellante” (fs. 12).

El Tribunal, por sentencia de fecha 24/9/2014 dictada en “Andreani, Carmen s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Acuña, José Francisco s/arts. 183 y 149 bis, párr. 1º, C.P.’” (expte nº11257/14) —agregada a fs. 16/17— resolvió hacer lugar a lo peticionado.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El art. 11 del CPP —aplicable en los términos de la supletoriedad prevista en el art. 2º, ley 402— expresa que “[q]uien pretenda constituirse en querellante se presentará por escrito, personalmente o con mandatario especial, con patrocinio letrado (...). Si se omitiera alguno de los requisitos establecidos en este artículo, deberá intimarse a quien efectuó la presentación para que en el plazo de tres (3) días corrija el error u omisión, bajo apercibimiento de inadmisibilidad”.

2. En atención a que el escrito de fs. 6/7 carece de intervención letrada y que no surge de autos que la presentante haya dado cumplimiento a la intimación cursada, corresponde hacer lugar al apercibimiento ordenado y tener por no presentados el escrito inicial y su documentación adjunta (fs. 1/ 7).

3. En tales condiciones corresponde el archivo de las actuaciones sin más trámite. Así voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO e INÉS M. WEINBERG dijeron:

A fs. 11, la Secretaria Judicial en Asuntos Originarios dispuso “[p]revio a proveer, intímese a la presentante de fs. 6/7 para que en el plazo de tres (3) días, dé cumplimiento al patrocinio letrado obligatorio exigido por el art. 11 del CPPCABA, bajo el apercibimiento allí establecido (aplicable en los términos de la supletoriedad prevista en el art. 2, ley 402). Notifíquese”, providencia notificada a la presentante con fecha 12/9/2014 (fs. 19). Frente a ello, la jueza de trámite dispuso “[e]n atención a que ha vencido el plazo fijado en la providencia de fs. 11 (conf. cédula agregada a fs. 19), pasen los autos al acuerdo” (fs. 20).

En tales condiciones, habiendo vencido el plazo de tres días sin que la presentante haya dado cumplimiento con aquello a lo que se la intimó, ni objetado la mencionada providencia, corresponde hacer efectivo el apercibimiento dispuesto y, por lo tanto, declarar inadmisibles la presentación de fs. 6/7.

Así lo votamos.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Coincidimos con los señores jueces preopinantes en que la presentación de fojas 6/7 debe ser desestimada, pues no reúne elementales requisitos formales para ser considerada. La exposición efectuada no contiene un desarrollo aunque sea mínimo pero claro y lógico de los antecedentes del caso, ni acompaña copia de las decisiones a las que se refiere. En suma, la orfandad descriptiva de la presentación y la ausencia de precisión en torno a las normas legales en las que pretende fundarla, impiden considerarla autosuficiente e inteligible. Al respecto, tampoco puede pasar desapercibido que la atípica pieza procesal ha arribado a este Tribunal, no porque así se lo hubiera propuesto la justiciable, sino por remisión de la Cámara *a quo* (foja 8), lo que tampoco permite definir con claridad para qué tipo de decisión se hace llegar a esta sede la presentación.

2. De cualquier manera, cabe señalar que para que el Tribunal Superior conozca en casos de denegación de justicia debe satisfacerse la carga de explicar de manera precisa, entre otras cosas, por qué no ha resultado posible ocurrir a otra vía procesal o

brindar los motivos por los cuales, si dicha vía existiera, ella resultaría de todos modos ineficaz o ineficiente (art. 36, inc. c, ley 402). La queja interpuesta no ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por el art. 36 de la ley 402.

Puede colegirse del escrito elevado por la Cámara a este Tribunal que se pretendería cuestionar la “Resolución de fecha 11 de agosto 2014 de la Juez de 1ra Instancia por falle en el servicio de justicia y denegación de justicia” (*sic*, foja 6), que habría sido adversa a los intereses de presentante, quien peticiona ahora “Se revoque la decisión recurrida, se de curso a mis pedidos de oposición a declaración testigos, impugnar testigos, suspensión plazo de juicio” (*sic*, foja 7). Al respecto, este Tribunal ha reiteradamente expresado que bajo la alegación de denegación de justicia no puede pretenderse discutir las decisiones de los jueces de mérito que han resultado adversas.

En efecto, la queja, en el caso en que se invoca denegación de justicia, no tiene por finalidad remediar situaciones de esta índole ni obtener un pronunciamiento que revoque una decisión dictada en una instancia anterior sino que intenta conseguir que un tribunal que ha omitido decidir el caso planteado lleve a cabo dicha actividad (conf., *mutatis mutandi*, TSJ *in re* “Spangemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia”, expte. n° 1543/02, resolución del 12/6/2002). No se trata de un instituto procesal tendiente a sustituir las vías recursivas previstas en la Constitución y en las leyes locales para que las partes planteen ante el Tribunal los agravios de índole constitucional que pudieran haberse generado durante la tramitación del proceso en anteriores instancias.

El control que este Tribunal realiza de las sentencias de los tribunales inferiores se efectúa, si corresponde, a través de los recursos de inconstitucionalidad o apelación (art. 113, incs. 3° y 5°, respectivamente, CCABA). Si la sentencia era pasible de esos recursos, ellos debieron interponerse en la forma adecuada, ante el tribunal correspondiente y sustanciarse en la forma establecida por la ley, dando lugar, de ser denegados, al pertinente recurso de queja, este último supuesto sí, ante este Estado. Si ese no era el caso, la presentación pretende que el Tribunal intervenga en una cuestión para la cual la Constitución y las leyes no le asignan competencia (conf. TSJ *in re* “Landesman Sanguinetti, Sebastián s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Landesman Sanguinetti, Sebastián s/art. 72 CC”, expte. n° 2234/03, resolución del 30/4/2003), mediante un peculiar *per saltum*.

Así lo votamos.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Declarar* inadmisibile la presentación de fs. 6/7.

2°. *Mandar* que se registre, se *notifique*, se comunique a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y, oportunamente, se archive.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCCVII - MINISTERIO PÚBLICO - FISCALÍA DE CÁMARA SUDESTE DE LA CABA S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS PARI LAIME, LUIS ERALDO S/INFR. ARTS. 83 Y 74, CC

**QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.
Desistimiento del recurso.**

Expte. SAO n° 11.502/14 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Sudeste denunció ante el Tribunal el retardo de justicia en que habría incurrido la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas por no haber resuelto, hasta ese momento, el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra “la decisión del *a quo* que denegó los planteos de vencimiento del plazo de la investigación preparatoria y de nulidad del acta y secuestro de mercadería y del requerimiento de elevación a juicio” en la causa n° 4001-27/13 (fs. 1).

2. El juez de trámite requirió a la Sala III de la Cámara PCyF que informara al Tribunal sobre los hechos denunciados (fs. 5, punto 2).

El 21/10/2014, el juez de Cámara Sergio Delgado informó que, con carácter previo a resolver, se había requerido al juzgado de origen la remisión de documentación y luego, ante la licencia otorgada a la jueza Silvina Manes, se había remitido la actuación a la Secretaría General a fin de integrar la Sala (fs. 11/12).

3. El día 23/10/2014, el juez de Cámara Jorge Atilio Franza hizo saber al Tribunal que se había dictado sentencia y acompañó copia (fs. 14/25).

4. Con posterioridad a ello, en fecha 27/10/2014, la Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Sudeste desistió de la queja por retardo de justicia incoada (fs. 28).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Más allá de la peculiaridad cronológica con que se habrían suscripto los distintos votos que integran la resolución dictada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en atención a los términos del escrito presentado por la Sra. Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Sudeste a fs. 28, corresponde tener por desistida la queja incoada a fs. 1/3.

Así lo voto.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, INÉS M. WEINBERG y LUIS F. LOZANO dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Visto el escrito de fs. 28, corresponde tener por desistida la queja. Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener* por desistida la queja por retardo de justicia incoada a fs. 1/3.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique, se comuniqué al Sr. Presidente de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, con copia de esta resolución y, oportunamente, se archive.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg*

DCCVIII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN MENU SA C/GCBA S/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva: improcedencia. Caducidad de instancia.

Expte. SACAyT n° 10.588/14 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La firma Menu S.A. promovió beneficio de litigar sin gastos contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fin de poder litigar sin afrontar el pago de gastos causídicos en la acción principal “Menu S.A. c/GCBA s/cobro de pesos”, expte. n° 4784/0 (véase punto 1 del pronunciamiento de fs. 5/6).

2. El GCBA acusó la caducidad de la instancia (fs. 1/2 vuelta), planteo que fue admitido por la jueza de grado (fs. 5/6).

3. La actora apeló lo resuelto (fs. 7/8) y, contestados los agravios por la Ciudad (fs. 9/11), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario revocó la sentencia apelada (fs. 12/14).

Los camaristas entendieron que el impulso procesal idóneo se hallaba en manos del juzgado por lo que la caducidad era improcedente en virtud de lo establecido en el art. 263, inc. 2° del CCAyT.

4. Disconforme con la decisión, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/23).

5. La Sala I, previo traslado a la accionante (fs. 24/25), denegó el recurso de inconstitucionalidad con costas (fs. 27/28). Los magistrados destacaron: *i*) que el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva y que el demandado no lograba acreditar que aquella le causase un agravio irreparable, y *ii*) que tampoco se verificaba la existencia de un caso constitucional ni de arbitrariedad.

Contra esa resolución, el GCBA dedujo la queja que tramita en autos (fs. 29/37).

6. Requerido su dictamen, la Sra. Fiscal General Adjunta propició el rechazo del recurso directo (fs. 53/54 vuelta).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del Gobierno fue deducida en tiempo oportuno (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra el fallo de la Sala I que revocó la resolución de grado que había declarado la caducidad de la instancia.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el *a quo*. Los jueces advirtieron con acierto que el pronunciamiento impugnado no está comprendido entre los supuestos que habilitan la intervención del Superior Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no reúne la condición de definitivo.

En efecto, el recurrente pretende cuestionar el rechazo del acuse de perención de la instancia por él articulado. Ese decisorio no solo no es definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, sino que tampoco puede asimilarse a tal en la medida que no pone fin al proceso, ni impide la tramitación del juicio.

4. A lo hasta aquí apuntado se suma, que el quejoso tampoco logra demostrar concretamente cuál es el gravamen de imposible reparación ulterior que le provoca la resolución atacada.

Los escasos señalamientos que el GCBA formula a ese respecto se desvanecen con solo tener en cuenta que el acuse de caducidad fue articulado en un incidente en el cual se solicita se conceda el beneficio de litigar sin gastos a que se refiere el art. 72 del CCAyT. Ello así, toda vez que la resolución que eventualmente recaiga en tales actuaciones, tiene carácter provisional y no causa estado, en tanto “puede ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demuestre que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho a aquel” (conf. art. 76, CCAyT).

5. Finalmente, cabe señalar que la solución aquí propiciada es idéntica a la que adoptara en “Banco Privado de Inversiones SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: GCBA c/Banco Privado de Inversiones SA s/ej. fisc.- ing. brutos-convenio multilateral”, expte. n° 8367/11, sentencia del 4/7/2012, y en “Volkswagen Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: GCBA c/Volkswagen Argentina S.A. (ex Autolatina Arg. S.A.) s/ejecución fiscal”, expte. n° 2782/04, decisión del 19/5/2004, entre otros antecedentes.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Coincido con mi colega Alicia E. C. Ruiz en que la queja no puede prosperar puesto que no se ha logrado acreditar el carácter definitivo, o equiparable a tal, del decisorio atacado mediante el recurso de inconstitucionalidad —esto es, el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que revocó la resolución del juez de grado que había admitido el acuse de caducidad de la instancia incoado por el GCBA.

En lo que aquí interesa, este Tribunal repetidamente ha dicho que las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a proceso, por regla, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a los fines del art. 27 de la ley 402 (confr. doctrina de *Fallos*, 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195,

entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local; y este Tribunal *in re*: “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Buricca, Nora Fabiana c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. 6578/09, sentencia del 20/8/2009, entre muchos otros).

Por ello, era menester que el GCBA demandado argumentara razonadamente por qué la sentencia resistida le ocasiona un agravio que, por su magnitud, resulta de tardía, imposible o insuficiente reparación ulterior a los fines de equipararla, en razón de sus efectos, a la sentencia definitiva a la que alude la mencionada ley 402.

La ausencia de adecuada fundamentación para poner en crisis el auto denegatorio en este sentido conduce entonces al rechazo de la queja, tal como propicia mi colega preopinante.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con la solución propuesta por la Sra. Jueza de trámite, por los fundamentos desarrollados en los considerandos 1 a 4 de su voto, a los cuales adhiero.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, toda vez que la queja no se dirige contra una sentencia definitiva, ni muestra la recurrente que corresponda equipararla a una de esa especie. La resolución que se viene impugnando, que revoca la que había hecho lugar al pedido de caducidad de instancia en el marco del beneficio de litigar sin gastos instado por la actora, resuelve una cuestión netamente procesal y manda a continuar con el pleito. No es la que resuelve el fondo, ni pone fin al proceso, ni impide su continuación. Por su parte, los argumentos presentados por el quejoso a los efectos de lograr la equiparación no conmueven lo dicho, pues aunque invoca que la resolución le generaría gravamen irreparable, no dice cuál sería.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por la Fiscal General Adjunta,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCCIX - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN ACOSTA, CARLOS ALEM Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCABA)

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Rechazo. Fundamentación del recurso. Falta de fundamentación.

.....

Expte. SACAyT n° 10.424/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) acude en queja ante el Tribunal (fs. 47/53 vuelta) a efectos de sostener el recurso de inconstitucionalidad que procura poner en crisis el pronunciamiento de la Cámara que ordenó a la Administración garantizar a los accionantes alojamiento o fondos suficientes para acceder al mismo mientras perdure su situación de vulnerabilidad (fs. 28/34).

2. En el caso, algunos ocupantes del inmueble ubicado en la calle Santiago del Estero n° 761/3 de esta ciudad promovieron acción de amparo con el objeto de que se preservaran debidamente las garantías constitucionales en oportunidad de llevar a cabo el desalojo administrativo dispuesto por el GCBA con sustento en el peligro de derrumbe del edificio. Plantearon que el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle no les garantizaba en forma real y concreta el acceso a una vivienda digna, por lo que peticionaron un subsidio que guardara proporción con los precios del mercado inmobiliario y hotelero (fs. 1/12 vuelta).

Contestada la demanda por el GCBA (fs. 13/19), la Sra. jueza de grado —en lo que ahora importa— dictó sentencia haciendo lugar a la acción de amparo y ordenando al propietario del inmueble y, subsidiariamente a la Administración, adoptar "...las medidas necesarias a fin de que a los grupos familiares accionantes se les otorgue alojamiento o los fondos suficientes para acceder al mismo, lo cual deberá ser mantenido mientras no se demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad socio-económico ha cesado" (fs. 21).

3. La sentencia de primera instancia, fue apelada por el GCBA (fs. 22/26 vuelta), los actores y el propietario del inmueble (véase fs. 28).

La Sala I modificó parcialmente el pronunciamiento de grado y, —en lo que resulta de interés para esta queja— revocó la condena impuesta al propietario, declaró desierto el agravio expresado por el GCBA referido al alcance de las prestaciones y, en consecuencia, ordenó "...a la Administración que garantice a los accionantes alojamiento o los fondos suficientes para acceder al mismo mientras perdure su situación de vulnerabilidad" (fs. 33 vuelta).

Para así decidir los jueces consideraron que los planteos del Gobierno, "...solo constituyen manifestaciones genéricas que no demuestran el error de la sentencia ni rebaten eficazmente lo allí dispuesto, evidenciando solo una mera disconformidad. Por ello, los agravios vertidos sobre el particular no constituyen una crítica concreta y razonada de este aspecto de la sentencia, máxime cuando la resolución indica precisamente que el GCBA podrá optar entre brindar a los actores alojamiento o los fondos suficientes para acceder al mismo mientras perdure la situación de vulnerabilidad socio-económica. Lo expuesto evidencia la inexistencia de la alegada vaguedad de la decisión y permite rechazar la queja por desierta" (fs. 32).

4. Frente a lo resuelto por la Cámara, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 35/43 vuelta). Calificó la sentencia como arbitraria y afirmó que la cuestión presentaba gravedad institucional "...en razón de los múltiples requerimientos judiciales que llegan a la Ciudad en el mismo sentido..." (fs. 38).

En su presentación, sostuvo que el pronunciamiento atacado: *i*) prescindía de las constancias de la causa pues la conducta de la Administración no era ilegítima y que tampoco existía una situación de vulnerabilidad de los accionantes, *ii*) interpretaba elusivamente la ley, en tanto desplazaba el contenido mínimo de cumplimiento de los deberes estatales en materia de vivienda modificando el cuadro establecido en el precedente 'Alba Quintana', e *iii*) invadía la zona de reserva de los poderes ejecutivo y legislativo.

La Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad con sustento en la doctrina que sostiene que lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios remite al estudio de cuestiones de hecho y derecho procesal propia de los jueces de la causa, y en que el GCBA no había acreditado la cuestión constitucional o federal en juego (fs. 45/45 vuelta). Ello motivó la queja *sub examine*.

5. Requerido su dictamen ante esta instancia, la Sra. Fiscal General Adjunta propició el rechazo de la queja por falta de fundamentación suficiente (fs. 61/62 vuelta).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante este Tribunal y dentro del plazo que fija el art. 23 de la ley 2145. Sin embargo, su suerte adversa está sellada en tanto el recurrente no ha logrado articular adecuadamente agravios constitucionales, lo que torna inatendible en esta instancia tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de hecho que lo sostiene.

2. En efecto, los planteos esgrimidos por el recurrente, tal como han sido planteados, trasuntan su discrepancia con la resolución de la Sala I que declaró desierto su recurso de apelación mas no satisfacen la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta, suficiente y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. “Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis - causa n° 665-CC/2000 s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, sentencia del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 92 y ss; entre muchos otros).

En este punto resulta oportuno recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosos precedentes que “...lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario (conf. *in re*: “Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina — Poder Judicial de la Nación—”, sentencia del 7/12/1988, *Fallos*, 311:2629; ver idéntica doctrina en *Fallos*, 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, la que resulta aplicable *mutatis mutandis* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Es de destacar que la única crítica del recurrente consiste en expresar que “el decisorio en crisis en forma dogmática, deniega el recurso en cuestión, impidiendo ejercer al Gobierno su derecho de defensa enjuicio” (fs. 49 vuelta) y que “causa agravio a la Administración, por cuanto el decisorio de la Alzada sostiene que no se verifica un caso constitucional [y ...] no tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia aplicable a la causa” (fs. 50)

Sin embargo, tales desarrollos no guardan relación directa con el pronunciamiento que ahora se pretende poner en crisis —que, como se dijo, declaró desierto su recurso de apelación y, en consecuencia, no ingresó al tratamiento de los argumentos que sustentan la pretensión de fondo— y acarrear para el caso un desenfoque respecto del objeto del recurso de inconstitucionalidad deducido que forzosamente debía demostrar agravios de naturaleza constitucional emergentes de la ya referida declaración de deserción de su recurso de apelación. Nótese que el eje argumental de la presentación del GCBA, consiste en reeditar los planteos contenidos en el recurso de apelación que dedujera oportunamente contra la sentencia dictada por la jueza de primera instancia y plantear nuevo agravio alusivo a la situación fáctica de los actores.

4. En suma, las objeciones del GCBA no permiten la apertura de esta instancia extraordinaria, pues no guardan relación directa con el pronunciamiento de la Cámara que pretendió ponerse en crisis a través del recurso de inconstitucionalidad, ni tampoco con el decisorio denegatorio de dicho recurso que formalmente ahora se recurre.

5. Por último, el planteo esbozado referido a la doctrina de la “gravedad institucional” —elaborada por nuestro tribunal cimero y consolidada a partir de la causa “Jorge Antonio”, *Fallos*, 248:189, sentencia del 28/10/1960—, tampoco puede prosperar, pues no aparece respaldado con un fundamento apto para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos*, 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

6. Todo lo hasta aquí expresado se sustenta en que los agravios no son aptos para habilitar la competencia de este Estrado, lo cual impide revisar —más allá de su acierto o error— las conclusiones a que arribaran las instancias de mérito.

En virtud de las consideraciones expuestas y de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunto corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la parte demandada a fs. 47/54.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del juez José O. Casás por compartir los mismos fundamentos que sustentan su decisión.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta en tiempo y forma por parte legitimada —art. 33 de la ley 402—. Sin embargo, no puede prosperar, ya que carece de una crítica suficiente de las razones por las que la Cámara del fuero no admitió el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a defender.

2. Al denegar el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, los magistrados explicaron (fs. 45 vuelta):

- i)* que resultaba aplicable “(...) la jurisprudencia según la cual, lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal propia de los jueces de la causa y ajena, como regla, al recurso de inconstitucionalidad”; y
- ii)* que el Gobierno no había acreditado que en el caso estuvieran dados los extremos requeridos para hacer excepción al referido principio.

3. En su recurso directo, el GCBA no consigue poner en crisis la decisión interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que aquel pretende sostener. Es que allí se limita a reiterar planteos que expusiera en presentaciones anteriores, sin hacerse cargo de los concretos fundamentos en virtud de los cuales los jueces de la Sala interviniente denegaron su acceso al Tribunal.

Tal como sostuve en numerosas oportunidades, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 9/4/2001).

La Ciudad, pues, no cumplió siquiera mínimamente con la referida carga.

En síntesis, las deficiencias de la presentación en examen sellan su suerte adversa e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Por las razones indicadas, corresponde rechazar la queja intentada. Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La Cámara declaró desierto el recurso de apelación que el GCBA había interpuesto contra la sentencia de primera instancia porque entendió que carecía del desarrollo mínimo para tenerlo por presentado (conf. fs. 32 y 33vuelta). En palabras de la Cámara, "...los agravios vertidos sobre el particular no constituyen una crítica concreta y razonada de este aspecto de la sentencia" (conf. fs. 32).

El Gobierno no muestra que esa decisión deba ser equiparada a una definitiva por constituir un modo arbitrario de impedirle a este Tribunal ejercer la competencia que le impone el art. 113, inc. 3º, de la CCABA o la doctrina de *Fallos*, 311:2478. Ello así, toda vez que todos sus agravios apuntan a cuestionar la condena que le impuso la sentencia de grado (conf. los puntos 1 y 2 de los "Resulta"), y ninguno a mostrar la arbitrariedad la decisión de Cámara que declaró desierta su apelación.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado con la Sra. Fiscal General Adjunta,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCCX - ANDRIANI, CARMEN S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN ACUÑA, JOSÉ FRANCISCO S/INFR. ARTS. 183 Y 149 BIS, C.P.

QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Requisitos formales. Falta de patrocinio letrado.

.....

Expte. SAO nº 11.320/14 - 4/11/2014

VISTO:

el expediente mencionado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Carmen Andreani, por derecho propio, interpone ante la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, "recurso de queja contra la Resolución del Juez de 1ra. Instancia de fecha 11/8/14 por denegación de justicia, falta servicio de justicia, quien con argumentos improcedentes, falaces se sale del punto central que es resolver recurso de apelación presentado por esta parte de fecha 1º/4/2014 por ilegal archivo del primer hecho de fecha 22/6/2013, 12:30 hs. en mi perjuicio y del de mi esposo, bienes y actividad comercial" (fs. 10).

2. Recibidas las actuaciones el Tribunal intima (fs. 15) a la presentante a fin de que en el plazo de tres días dé cumplimiento al requisito de contar con patrocinio letrado conforme lo dispuesto por el art. 11 del CPP, bajo el apercibimiento allí establecido.

La notificación se concreta el 12/9/2014, mediante cédula obrante a fs. 23 y vuelta.

3. El día 16 de septiembre, la quejosa se presenta con patrocinio letrado y solicita que se ordene la suspensión de la audiencia de debate oral fijada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 21, “hasta tanto se resuelva el recurso de queja, en donde se encuentra controvertido la separación de esta parte como querellante” (fs. 16).

El Tribunal, por sentencia de fecha 24/9/2014 dictada en autos “Andreani, Carmen s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Acuña, José Francisco s/arts. 183 y 149 bis, párr.1º, C.P.” (expte. n° 11257/14) —copia agregada a fs. 20/21— resolvió hacer lugar a lo peticionado.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El art. 11 del CPP —aplicable en los términos de la supletoriedad prevista en el art. 2, ley 402— expresa que “[q]uien pretenda constituirse en querellante se presentará por escrito, personalmente o con mandatario especial, con patrocinio letrado, (...). Si se omitiera alguno de los requisitos establecidos en este artículo, deberá intimarse a quien efectuó la presentación para que en el plazo de tres (3) días corrija el error u omisión, bajo apercibimiento de inadmisibilidad”.

2. En atención a que el escrito de fs. 10/11 carece de intervención letrada y que no surge de autos que la presentante haya dado cumplimiento a la intimación cursada, corresponde hacer lugar al apercibimiento allí dispuesto y tener por no presentados el escrito inicial y su documentación adjunta (fs. 1/ 11).

3. En tales condiciones corresponde el archivo de las actuaciones sin más trámite. Así voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO e INÉS M. WEINBERG dijeron:

A fs. 15, la Secretaria Judicial en Asuntos Originarios dispuso “[p]revio a proveer, intímese a la presentante de fs. 10/10 vuelta para que en el plazo de tres (3) días, dé cumplimiento al patrocinio letrado obligatorio exigido por el art. 11 del CPPCABA, bajo el apercibimiento allí establecido (aplicable en los términos de la supletoriedad prevista en el art. 2, ley 402). Notifíquese”, providencia notificada a la presentante con fecha 12/9/2014 (fs. 23). Frente a ello, la jueza de trámite dispuso “[e]n atención a que ha vencido el plazo fijado en la providencia de fs. 15 (conf. cédula agregada a fs. 23), pasen los autos al acuerdo” (fs. 24).

En tales condiciones, habiendo vencido el plazo de tres días sin que la presentante haya dado cumplimiento con aquello a lo que se la intimó, ni objetado la mencionada providencia, corresponde hacer efectivo el apercibimiento dispuesto y, por lo tanto, declarar inadmisibles la presentación de fs. 10/11.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Coincidimos con los señores jueces preopinantes en que la presentación de fojas 10 debe ser desestimada, pues no reúne elementales requisitos formales para ser considerada. La exposición efectuada no contiene un desarrollo aunque sea mínimo pero claro y lógico de los antecedentes del caso, ni acompaña copia de las decisiones a las que se refiere. En suma, la orfandad descriptiva de la presentación y la ausencia de

precisión en torno a las normas legales en las que pretende fundarla, impiden considerarla autosuficiente e inteligible. Al respecto, tampoco puede pasar desapercibido que la atípica pieza procesal ha arribado a este Tribunal, no porque así se lo hubiera propuesto la justiciable, sino por remisión de la Cámara *a quo* (foja 12), lo que tampoco permite definir con claridad para qué tipo de decisión se hace llegar a esta sede la presentación.

2. De cualquier manera, cabe señalar que para que el Tribunal Superior conozca en casos de denegación de justicia —tal el título de la presentación efectuada— debe satisfacerse la carga de explicar de manera precisa, entre otras cosas, por qué no ha resultado posible ocurrir a otra vía procesal o brindar los motivos por los cuales, si dicha vía existiera, ella resultaría de todos modos ineficaz o ineficiente (art. 36, inc. c, ley 402). La queja interpuesta no ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por el art. 36 de la ley 402.

Puede colegirse del escrito elevado por la Cámara a este Tribunal que se pretendería cuestionar la decisión del “Juez de 1ra Instancia de fecha 11/8/14”, que habría sido adversa a los intereses de la presentante, quien petitiona ahora “Se revoque la decisión recurrida” (foja 10/vuelta). Al respecto, este Tribunal ha reiteradamente expresado que bajo la alegación de denegación de justicia no puede pretenderse discutir las decisiones de los jueces de mérito que han resultado adversas.

En efecto, la queja, en el caso en que se invoca denegación de justicia, no tiene por finalidad remediar situaciones de esta índole ni obtener un pronunciamiento que revoque una decisión dictada en una instancia anterior sino que intenta conseguir que un tribunal que ha omitido decidir el caso planteado lleve a cabo dicha actividad (conf., *mutatis mutandi*, TSJ *in re* “Spanggemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia”, expte. n° 1543/02, resolución del 12/6/2002). No se trata de un instituto procesal tendiente a sustituir las vías recursivas previstas en la Constitución y en las leyes locales para que las partes planteen ante el Tribunal los agravios de índole constitucional que pudieran haberse generado durante la tramitación del proceso en anteriores instancias.

El control que este Tribunal realiza de las sentencias de los tribunales inferiores se efectúa, si corresponde, a través de los recursos de inconstitucionalidad o apelación (art. 113, incs. 3 y 5, respectivamente, CCABA). Si la sentencia era pasible de esos recursos, ellos debieron interponerse en la forma adecuada, ante el tribunal correspondiente y sustanciarse en la forma establecida por la ley, dando lugar, de ser denegados, al pertinente recurso de queja, este último supuesto sí, ante este Estrado. Si ese no era el caso, la presentación pretende que el Tribunal intervenga en una cuestión para la cual la Constitución y las leyes no le asignan competencia (conf. TSJ *in re* “Landesman Sanguinetti, Sebastián s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Landesman Sanguinetti, Sebastián s/art. 72 CC”, expte. n° 2234/03, resolución del 30/4/2003), mediante un peculiar *per saltum*.

Así lo votamos.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. Declarar inadmisibles la presentación de fs. 10/11.

2°. Mandar que se registre, se notifique, se comunique a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas y, oportunamente, se archive.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCCXI - FLORESAGUIRRE, BLANCA SIMONA C/GCBAS/AMPARO (ART. 14, CCABA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

Reserva de la cuestión federal.

Expte. SACAyT n° 10.169/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Sra. Blanca Simona Flores Aguirre y el Sr. Luis Quisbert Flores fueron notificados de la sentencia del Tribunal de fs. 560/568 vuelta.

Mediante el escrito de fs. 573/574 aducen que “[e]l concepto de ‘vulnerabilidad’ se enuncia genéricamente en la sentencia, de forma que su significado concreto a nuestro respecto solo surgirá del debate jurídico que eventualmente se suscite a partir de las probanzas que se harán valer en la instancia de grado, de manera que en ese orden de ideas no existe aun sentencia definitiva” (fs. 573 vuelta).

Manifiestan que no recurrirán la sentencia y solicitan que se “...tenga presente la reserva del caso constitucional y federal para ocurrir nuevamente a ese Tribunal y/o ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a nuestra situación de vulnerabilidad y a nuestra situación de prioridad para acceder a las políticas sociales del GCBA, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales. / De tal forma, dados los requisitos específicos de los recursos extraordinarios (tanto de inconstitucionalidad como federal), es que se efectúa esta reserva a fin de ocurrir por aquellas vías una vez que se arribe a la sentencia del tribunal superior de la causa”.

Además, los actores destacan que “...procede el mantenimiento de la medida cautelar en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente al que se hizo referencia en el párrafo anterior (...) / En efecto, hasta que se arribe a la decisión que resuelva el litigio que se ha planteado en el presente proceso y se encuentre firme, continúa la virtualidad de la sentencia que ordenó la medida cautelar, por cuanto la Cámara deberá tramitar ante esos estrados las diligencias necesarias para definir los alcances de las pautas fijadas por el Tribunal con relación a nuestra particular situación. Por otra parte ese ha sido el criterio adoptado por [el Tribunal] en la causa “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Angel R. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. TSJ n° 4270/05.

FUNDAMENTOS:

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

1. Con respecto a la reserva del caso constitucional y federal que efectúan los actores en relación con “los alcances que, en concreto y en el futuro curso del proceso, se confiera a nuestra situación de vulnerabilidad y a nuestra prioridad para

acceder a las políticas sociales del GCBA, todo ello frente al derecho a la vivienda digna y adecuada que garantiza la Constitución Nacional y la Constitución de esta Ciudad (arts. 14 bis. y 75, inc. 22, de la C.N.; arts. 10, 17 y 31 de la CCABA) y demás normas federales y locales”, este Tribunal nada debe decidir; sin perjuicio de tener presente la reserva efectuada con motivo de la sentencia dictada por este Estrado, para que sea considerada posteriormente, si llegara a resultar pertinente, por esta misma alzada en caso de que se generen agravios de esa naturaleza luego de la intervención de los jueces de mérito.

2. En otro orden de ideas, corresponde destacar que los planteos relativos al “mantenimiento de la medida cautelar dispuesta en autos principales, hasta que concluya el debate pendiente” no fueron abordados por el Tribunal en el fallo pronunciado en autos, por no haber sido materia de agravio. Por ello, tales planteos deberán ser formulados por las partes ante las instancias de mérito, si así lo estimasen adecuado a los derechos que defienden.

Por las razones expuestas, debe tenerse presente la reserva de la cuestión constitucional y federal efectuada por los actores y hacer saber a la parte actora que los planteos vinculados a la medida cautelar deberán ser formulados ante las instancias de mérito.

Así lo votamos.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Tener presente los dichos de la defensa vinculados a la “reserva” de la cuestión “constitucional y federal”, que sostiene involucraría el concepto de “vulnerabilidad” (fs. 573 vuelta), y nada cabe a este Tribunal resolver en torno a la medida cautelar dictada por los jueces de mérito, toda vez que dicha decisión no fue materia de recurso ante este estrado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los términos de lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal —que no he integrado—, es pertinente la reserva del caso federal y constitucional que efectúan los amparistas.

En cuanto a la medida cautelar dictada en autos, cabe señalar que ella se encuentra vigente toda vez que no fue revocada por la sentencia de fs. 560/568 vuelta.

Así lo voto.

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Tener presente* la reserva de cuestión constitucional y federal efectuada por Blanca Simona Flores Aguirre y Luis Quisbert Flores.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva tal como fuera ordenado a fs. 568 vuelta, punto 5.

Fdo.: *Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde*

DCCXII - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN HB FÜLLER SAIC C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS

Tributos. Impuesto sobre los ingresos brutos. Actividad industrial. Exenciones tributarias: requisitos, caracteres. Inexistencia de deuda impositiva. Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. Constitución Nacional. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Leyes. Ley provincial. Ley local. Jerarquía normativa. Derecho público local. Derecho intrafederal. Federalismo. Federalismo de concertación. Convenios interjurisdiccionales: objeto, finalidad, caracteres. Normas operativas. Normas programáticas. Igualdad ante la ley. Provincias. Facultades tributarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Competencia provincial. Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos. Convenios interjurisdiccionales. Unicidad del contribuyente. Ilícitos tributarios. Omisión de impuestos.

SUMARIOS:

1. La Constitución Nacional no incluye a una norma como el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento entre aquellas que constituyen la ley suprema de la Nación, ni fija que tenga jerarquía constitucional, o jerarquía superior a las leyes. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

2. La Constitución de la Ciudad no contiene disposiciones que permitan sostener que una norma local, infraconstitucional, tiene un estatuto diferenciado respecto de cualquier otra norma local. (*Voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz*).

3. La concepción más reciente del federalismo, que propone el diálogo entre los estados que integran la Federación para arribar consensuadamente a soluciones superadoras de los problemas que genera el reparto de competencias, conduce a la suscripción de tratados o pactos interjurisdiccionales que integran lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado “derecho intrafederal”. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

4. En el marco del “federalismo de concertación”, los estados no se limitan a ejercer aisladamente sus competencias en el ámbito territorial y personal que les corresponde, sino que abren su mirada al resto de los integrantes de la Federación, para afrontar los problemas comunes y acordar soluciones compartidas. Esta forma de actuar permite sortear las desventajas que generaría la adopción de una forma rígida de estado federal. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

5. Los tratados interjurisdiccionales pertenecen al ámbito del derecho público local, ya que si se tratara de normativa federal no sería necesaria la realización de convenios interjurisdiccionales, pues bastaría con su sanción por parte del Poder Ejecutivo o Legislativo de la Nación. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

6. Los tratados interjurisdiccionales suelen regular materias de índole claramente local, y en caso de avanzar sobre temáticas federales, lo hacen en virtud de las concesiones que debe realizar el Estado Nacional para facilitar la suscripción del pacto respectivo. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

7. Los tratados interjurisdiccionales se incorporan al derecho público interno de las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires a partir de su aprobación o ratificación por parte de las Legislaturas locales, que generalmente motivará luego, el dictado de normas que los implementen en cada jurisdicción. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

8. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el procedimiento previsto por la Carta Magna local contempla la suscripción de los tratados interjurisdiccionales por parte del Jefe de Gobierno porteño (art. 104, inc. 3º, CCABA), y su posterior aprobación o rechazo por parte de la Legislatura (art. 80, inc. 8º, CCABA). (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

9. Respecto a la jerarquía de los tratados interjurisdiccionales, la Constitución Nacional no les confiere a los mentados acuerdos interjurisdiccionales rango constitucional

ni superior a las normas locales, con la única salvedad del régimen de coparticipación federal, en tanto está expresamente consagrado por el art. 75, inc. 2º de la C.N. En cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, su Constitución tampoco les reconoce una jerarquía especial. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

10. La ubicación que ocupen en el ordenamiento jurídico local las disposiciones contenidas en los acuerdos interjurisdiccionales, dependerá de la jerarquía de las normas locales que los incorporen e instrumenten en el ámbito interno. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

11. Una interpretación que postule la supremacía de los tratados interjurisdiccionales por sobre todo el derecho local (incluida la correspondiente Constitución), le conferiría a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de una provincia o de la Ciudad de Buenos Aires competencia incluso para modificar y/o contradecir disposiciones de sus respectivas Cartas Magnas, eludiendo de esta manera el estricto procedimiento de reforma constituyente, conclusión que resulta a todas luces indefendible. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

12. En caso de incertidumbre o contradicción con las restantes normas locales, respecto de las materias reguladas por los pactos interjurisdiccionales, debe privilegiarse la interpretación que propicie el cumplimiento acabado de los tratados, por tratarse de la normativa primaria y especialmente dictada al efecto, de la que las jurisdicciones firmantes no pueden apartarse válidamente. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

13. La implementación del “derecho intrafederal”, en el marco de un Estado Federal que presenta un complejo entramado de asignación de competencias, requiere una labor de armonización normativa por parte de los operadores jurídicos, que apunte a garantizar la real vigencia de los tratados interjurisdiccionales y el consecuente cumplimiento de los principios de buena fe y lealtad federal. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

14. Las nuevas normas introducidas por los Pactos interjurisdiccionales deben interpretarse en forma coordinada con las restantes disposiciones locales, adoptando siempre la hermenéutica que permita el efectivo cumplimiento de los principios y reglas concertadas en estos tratados. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

15. En los períodos en que se encuentra plenamente vigente en el orden local la exención consagrada en el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, no pueden invocarse otras normas para desconocerla, aunque hayan sido dictadas con posterioridad, ya que en ese caso debe privilegiarse el pleno cumplimiento de la norma primaria y especialmente dictada para regular la material —es decir, la contenida en el Pacto Federal—. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

16. Las normas operativas son aquellas que contienen descripciones lo suficientemente concretas del presupuesto de hecho y su consecuencia jurídica, que hacen posible su aplicación inmediata, sin necesidad de ser complementadas con ninguna otra norma. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

17. Las normas programáticas son aquellas que no son autoaplicativas, en razón de requerir reglas complementarias para entrar en funcionamiento, ya sea por subordinar expresamente su eficacia al dictado de otra norma, o bien debido a la generalidad de los términos utilizados que obligan a realizar precisiones ulteriores. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

18. Las normas contenidas en los pactos interjurisdiccionales pueden ser programáticas u operativas, pues en algunos casos establecen parámetros generales que deben ser concretados con el dictado de disposiciones ulteriores por parte de los Estados firmantes, mientras que en otros contienen reglas autoaplicativas. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

19. La exención del ISIB a la actividad industrial fue consagrada en términos claros y precisos en el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, y las jurisdicciones firmantes se comprometieron a implementarla antes del 30/6/1995 —plazo

luego prorrogado—, obligación que la Ciudad de Buenos Aires cumplió prontamente con el dictado del dec. nacional 92/94 que modificó la ordenanza fiscal vigente del año 1994. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

20. La exención del ISIB a la actividad industrial beneficia a los productores industriales con el objetivo de promover el crecimiento de la economía nacional. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

21. La exención del ISIB a la actividad industrial les confiere a los productores un derecho que puede ser invocado por estos ante los estrados judiciales si demuestran su desconocimiento por parte del fisco local. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

22. Que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se hayan comprometido a eximir del ISIB a la actividad industrial, no implica que hayan renunciado a las facultades de reglamentar dicho impuesto en todas sus facetas. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

23. El requisito de inexistencia de deuda previa para acceder a la exención del ISIB, no se percibe como una reglamentación inválida de esa dispensa ni una violación del principio de jerarquía normativa, sino como un recaudo dirigido a garantizar el cobro de las deudas tributarias, y que se encuentra relacionado con el principio de justicia, pues es lógico que se exija el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a quien pretende beneficiarse con una excepción al principio constitucional de generalidad de la imposición tributaria (consagrado en los arts. 16 de la C.N. y 51, párr. 2º, CCABA). (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

24. El hecho de que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento no autorizara expresamente la posibilidad de denegar la exención a quien presentara deudas del ISIB, no impedía que los fiscos locales incorporasen esa exigencia en sus correspondientes jurisdicciones —como efectivamente lo hicieron muchas provincias y la Ciudad de Buenos Aires—, pues la forma de tramitar la exención y los requisitos para acceder a la misma pueden ser reglamentados por los Estados locales en ejercicio de las competencias tributarias que les corresponden en virtud de lo dispuesto por la Constitución Nacional y las Cartas Magnas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

25. Denegar la exención del ISIB a los productores industriales que tienen deudas ante el fisco, no viola el principio de igualdad, en tanto esta regla exige el mismo tratamiento a quienes se encuentran en igualdad de condiciones. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

26. No resulta irrazonable, a los efectos de reconocer una exención, diferenciar el caso de los deudores ante el fisco de aquellos contribuyentes que han acreditado el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. (*Voto de la jueza Ana María Conde*).

27. La Constitución Nacional no acuerda al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento una jerarquía superior a las normas locales. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

28. El art. 31 de la C.N. no enumera a los acuerdos interjurisdiccionales, entre los que se encuentra el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, como parte de "...la ley suprema de la Nación", ni ello puede ser extraído de otro artículo de la Constitución Nacional ni de la de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

29. El Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento no solo impacta en las facultades tributarias de los estados signatarios, sino, también, en políticas de estado como lo son determinar en qué manos deben estar los servicios que prestan los estados locales. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

30. Pactar en contra de su ordenamiento interno es algo que no pueden los estados hacer incluso en el marco de tratados internacionales. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

31. La tesis de que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento forma parte del “derecho intrafederal”, conlleva poner al Pacto en franca controversia con el texto de la Constitución Nacional, lo que torna inconstitucional al Pacto; solución a la que al interprete no le es dable arribar existiendo otras interpretaciones posibles. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

32. La jerarquía del acuerdo interjurisdiccional va estar dada, en principio, por la norma mediante la cual se adopte. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

33. Los convenios interjurisdiccionales tienen el mismo valor que cualquier convenio entre estados. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

34. Los estados pueden celebrar acuerdos, pero solo pueden negociar el ejercicio de facultades que les son propias. El tratado no puede constituir un modo de modificar la Constitución Nacional o las locales. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

35. No existe ninguna regla ni en la Constitución Nacional, ni en la local que establezca que los convenios interjurisdiccionales acuerdan necesaria o naturalmente derechos al pueblo de los estados contratantes. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

36. Los acuerdos interprovinciales no acuerdan derechos o garantías al pueblo de los estados signatarios, salvo que ello surja del acuerdo fundadamente. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

37. No existen reglas ni federales, ni locales que establezcan el modo en que deben ser interpretadas las previsiones de un acuerdo interjurisdiccional. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

38. El modo en que deben ser interpretadas las previsiones de un acuerdo interjurisdiccional es una cuestión que corresponde a las partes signatarias establecer, como así también el órgano encargado de dirimir las contiendas que se susciten en torno al cumplimiento del acuerdo de que se trate. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

39. Del texto del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento no surge que la exención a la producción de bienes en el ISIB, que las jurisdicciones locales se comprometieron a establecer, sea una de carácter automático. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

40. Las exenciones automáticas constituyen, en principio, la excepción a la regla en materia de beneficios tributarios. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

41. Las partes en el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento han interpretado que el compromiso de eximir del pago del ISIB los ingresos provenientes de la actividad industrial no impedía a los estados locales requerir el cumplimiento a los contribuyentes el cumplimiento de determinados requisitos, en particular, el de que no tengan deudas pendientes pro períodos anteriores al que se reconocía el beneficio. (*Voto del juez Luis F. Lozano*).

42. La *forma federal de Estado* —esto es, la que atiende a la distribución territorial del poder entre un gobierno central y las autoridades locales—, como lo señala Pedro J. Frías, se concibe hoy como un *federalismo de concertación*, denominado también por la doctrina en los Estados Unidos de América *federalismo cooperativo*, que propende a dejar de lado el antagonismo, la confrontación, la lucha y la oposición, y que se orienta al acuerdo, la conciliación, la concertación y al equilibrio armónico en la utilización razonada y razonable de las prerrogativas de que pueden valerse las provincias y la Nación. (*Voto del juez José O. Casás*).

43. La *Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales* (en mayor medida y con carácter directo) y los *Acuerdos Federales complementarios* (con menor intensidad y con carácter derivado) constituyen normas con *reconocimiento constitucional*, dada la expresa referencia al régimen de distribución de la renta pública federal y de armonización tributaria contenida en el *inc. 2º, párrs. 2º a 6º, del art. 75 de la C.N.* (hoy

regulado por la ley 24.588 —Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires—. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

44. Es evidente que los pactos suscriptos por el gobierno central y los estados locales (ratificados por los órganos legislativos de las dos esferas de gobierno), no pueden encasillarse dentro del derecho común sancionado por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, C.N.), ni dentro del derecho local residual, circunscripto en la actualidad a la ley 24.588 —Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, también denominada Ley Cafiero— (art. 75, inc. 30, C.N.), con lo cual, en este aspecto, tales reglas sancionadas por el Poder Legislativo Nacional solamente pueden calificarse como federales sin perjuicio de que, a su vez, en razón de la adhesión y vistas desde otra perspectiva, también constituyan derecho público local para los Estados singulares. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

45. Tomando en cuenta los sucesivos y variados abordajes practicados sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiendo que los pactos interjurisdiccionales son oponibles a los Fiscos y permiten articular reclamos por parte de los contribuyentes ante su eventual inobservancia de lo acordado por leyes-convenio. Todo ello en situación equivalente a la que se deriva de las obligaciones asumidas en la Ley de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales, actual ley 23.548 y sus modificaciones (en particular, art. 9º, para el caso, inc. b, apartados 1 y 2). (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

46. En el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento se establecen pautas tributarias de aplicación inmediata e incondicionada por parte de las provincias (conf. acto declarativo 1º, apartados 1, 2 y 3 primera parte). (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

47. Sin necesidad de adentrarse en la jerarquía normativa que se asigne a los instrumentos interjurisdiccionales que resultan del despliegue del *federalismo de concertación* —y sin que sea imprescindible incursionar en la prelación, o no, que consecuentemente se les atribuya frente a las disposiciones normativas locales—, las partes de dichos convenios multilaterales de coordinación y armonización no pueden por sí solas desatender las obligaciones asumidas en los acuerdos a los que han arribado. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

48. En un régimen federal como el argentino, en que existe una pluralidad de sujetos impositores —el Estado Nacional y veinticuatro Estados locales: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las veintitrés provincias—, la adopción de convenios de coordinación atiende a la *unicidad del contribuyente* —que como sujeto pasivo tributario resulta único, a pesar de sus múltiples obligaciones— frente a las manifestaciones del Estado impositor *lato sensu* —que involucra, además de las apuntadas esferas de gobierno (central y locales), a más de dos mil doscientos municipios de provincia—, que diseña los tipos de sus numerosos gravámenes (impuestos, tasas y contribuciones especiales), sus políticas tributarias y la carga fiscal parcial, en algunos casos, de modo irrazonable —sobre todo si se la confronta con la carga fiscal consolidada—. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

49. Encontrándose operativo el compromiso de la jurisdicción local respecto de la eximición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos por el período abril/octubre del año 1996, la exigencia de no registrar deuda anterior en el gravamen al momento de requerir formalmente la dispensa a la Administración se exhibe como un apartamiento palmario, unilateral y desnaturalizante de las obligaciones asumidas en el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

50. En la figura infraccional de omisión de tributos, puede inferirse la comisión del ilícito tributario a partir de la falta de pago del gravamen (elemento objetivo del tipo) presumiéndose la culpa o negligencia (elemento subjetivo de la infracción), este segundo recaudo se desdibuja en el caso concreto si se advierte que la interpretación que postula el contribuyente fue conformada con la decisión favorable de las dos instancias judiciales

de mérito, en un fuero con especialización en lo contencioso administrativo y tributario. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

51. Exigir del contribuyente una interpretación de regulaciones tributarias marcadas por el vértigo legislativo, a menudo concebidas con un alto grado de opacidad, interferidas por la vacilante naturaleza atribuida al “*derecho intrafederal*”, con prórrogas y suspensiones en la aplicación de la dispensa, que resulte coincidente con la que se adopte en la última instancia extraordinaria de la organización judicial de la Ciudad, importaría tanto como requerir de este una infalibilidad extrema que difícilmente se compadezca con estándares razonables para medir la prudencia y pericia del obrar de un obligado tributario medio, demandando prácticamente un poder de vaticinio sobrehumano. (*Voto en disidencia del juez José O. Casás*).

Expte. SACAyT n° 9281/12 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. “HB Füller S.A.I.C.” (en adelante, “HB Füller”) promovió dos demandas contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) (fs. 40/65 y 1/11; la foliatura corresponderá al legajo de la queja, salvo indicación en otro sentido).

Por la primera (expte. n° 12.847/0), requirió que se declarase la nulidad de la resolución que rechazó el recurso jerárquico que interpusiera contra la resol. 6556/DGR/2002, que había dispuesto: *i*) impugnar las declaraciones juradas presentadas “HB Füller”, correspondientes al Impuesto sobre los Ingresos Brutos (en adelante, ISIB) por los períodos 12/1996 y 1 a 12/1997; *ii*) determinar de oficio sobre base cierta la materia imponible reclamando el importe de \$ 49.823,60; y *iii*) aplicar una multa de \$ 32.385,34, equivalente al 65% del impuesto presuntamente omitido (fs. 250/255).

La segunda demanda incoada por “HB Füller” tuvo por objeto que se declarase la nulidad de las resols. 3599-DGR-2003 (véase fs. 256), n° 2950-DGR-2004 (véase fs. 259/260) y n° 745-MHGC-2006 (véase fs. 261/263) y que se hiciese lugar al pedido de exención en el ISIB que la actora formulara el 1°/3/1994 (fs. 1).

“HB Füller” expuso que solicitó mediante carta documento a la entonces Dirección General de Rentas el reconocimiento de la eximición del pago del ISIB fundada en que realizaba una actividad primaria o industrial (fabricación de adhesivos), que dejó constancia de no hallarse en mora en sus obligaciones tributarias y que había presentado los formularios correspondientes (fs. 2). Sostuvo, además, que las resols. 3599-DGR-2003, n° 2950-DGR-2004 y n° 745-MHGC-06 eran nulas en razón de ser inexistente la deuda reclamada —ello, con apoyatura en las copias que acompañara—. Cuestionó el tiempo transcurrido desde que solicitó la exención hasta que se dictó la resolución denegatoria. Expresó, asimismo, que se afectaron sus derechos constitucionales de defensa y de propiedad, y los principios de razonabilidad y confianza legítima (fs. 4 vuelta/9).

2. El GCBA contestó las demandas (fs. 66/102 y 12/39 respectivamente).

3. Dispuesta la conexidad de ambos juicios, el juez de primera instancia resolvió “1) *Hacer lugar a las demandas incoadas por Hb Fuller SAIC, declarando nulas de nulidad absoluta las resols. n° 3599/DGR/2003, 950/DGR/2004, 745/SHyF/2006, 6556/DGR/2002, 6865/DGR/ 2002 y 741/SHyF/ 2004. / 2) Ordenar a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos - Dirección General de Rentas, en los términos del inc. 1° del art. 146 del CCyT, dicte un nuevo acto administrativo en el que meritúe la factibilidad del otorgamiento de la exención a la actora respecto del Impuesto sobre*

los Ingresos Brutos, el cual deberá ser dictado conforme lo establecido en el art. 70 del dec. 1510/1997. A dicho fin, remítanse las actuaciones administrativas oportunamente recibidas por el tribunal, sirviendo la presente de atenta nota de envío. / 3) *Ordenar a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos - Dirección General de Rentas, en los términos del inc. 1º del art. 146 del CCyT, que dicte un nuevo acto administrativo relacionado con la determinación de oficio relativa al Impuesto sobre los Ingresos Brutos respecto de la aquí actora por los períodos 12º de 1996 y 1º a 12º de 1997. A dicho fin, remítanse las actuaciones administrativas oportunamente recibidas por el tribunal, sirviendo la presente de atenta nota de envío.* 4) *Declarar inconstitucional*, respecto de la aquí actora, el decreto 121/MCBA/94 en cuanto le exigió como condición para el otorgamiento de la exención, la inexistencia de deuda del impuesto sobre los ingresos brutos por períodos anteriores al momento de solicitar la misma. 5) *Imponer las costas conforme lo dispuesto en el acápite V [al GCBA, parte vencida]*” (fs. 116 vuelta/117, original agregado a fs. 205/219 del expte. n° 23.379/0, destacado en el original).

Para así decidir consideró que, aunque ninguna de las partes había acreditado sus dichos en cuanto al pago de los anticipos de ISIB correspondientes a los períodos 12 de 1988 y 8 a 12 de 1989, el recaudo de inexistencia de deuda anterior para obtener la exención constituía un caso de excesivo rigor formal y, de acuerdo con jurisprudencia de la Cámara del fuero que citó en su respaldo, declaró la inconstitucionalidad del dec. 121/MCBA/94 en tanto establece dicho requisito (conf. fs. 113 vuelta/114). Afirmó que, habiendo consentido el GCBA varias sentencias que descalificaron la inexistencia de la deuda anterior como requisito de la solicitud de exención, le era aplicable la doctrina de los actos propios. En ese sentido, entendió que las resols. 3599/DGR/03, n° 2950/DGR/04 y n° 745/MHGC/06 estuvieron viciadas en su motivación pues se basaron en un requisito cuya ilegitimidad había sido declarada por la Cámara de Apelaciones del fuero y consentida por el GCBA con anterioridad en otras actuaciones (fs. 114/115 vuelta).

4. El GCBA apeló la sentencia (fs. 118 y 119/137). La Sala I de la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso y confirmó el decisorio de primera instancia (fs. 145/147, original agregado a fs. 266/270, expte. n° EXP 23.379/0). Afirmó que el rechazo de la exención peticionada por “HB Füller” se había fundado en la existencia de deuda previa en el ISIB, requisito que la Sala ya había descalificado en el precedente “GCBA c/ Viñas La Heredad S.A. c/GCBA s/ejecución fiscal” (expte. n° EJP 213.074/0, sentencia del 12/8/2005) —oportunidad en la que sostuvo que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12/8/1993, celebrado entre el Poder Ejecutivo Nacional y los gobiernos provinciales, aplicable también a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, revestía una categoría normativa especial que impedía a las jurisdicciones firmantes apartarse válidamente de sus términos—. Afirmó también que el citado Pacto, a efectos de la eximición para actividades industriales que requirió e invocó la actora, no establecía diferencia entre contribuyentes según registraran deuda en el gravamen o no. Sobre esa base, concluyó que la apuntada exigencia, establecida por los decs. 92/94 del Poder Ejecutivo Nacional y n° 121/94 del Intendente Municipal a fines de la obtención del beneficio previsto en dicho Acuerdo Fiscal, importaba una reglamentación ilegítima del mismo, transgresora del principio constitucional de jerarquía normativa (fs. 146/146 vuelta).

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 148/178). Sostuvo que se habían vulnerado principios y derechos constitucionales vinculados con la potestad tributaria de la que gozaba la jurisdicción local en virtud de su autonomía; cuestionó que la sentencia hubiera reconocido al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12/8/1993 una jerarquía normativa superior a las normas loca-

les, y afirmó que se había tergiversado el contenido del apuntado Pacto al afirmar que la exención en el ISIB allí prevista no podía sujetarse a condicionamiento alguno (fs. 154 vuelta). Planteó que la declaración de inconstitucionalidad de la norma constituía de por sí una cuestión constitucional, cuya gravedad se incrementaba por no haberse señalado en la sentencia cuál sería el precepto constitucional vulnerado que justifique esa declaración (fs. 155).

6. “HB Füller” contestó el recurso de inconstitucionalidad y solicitó su rechazo (fs. 314/320 vuelta, expte. n° 23.379/0).

7. La Cámara de Apelaciones decidió no conceder el recurso interpuesto por el GCBA. Sostuvo que la demandada no había logrado exponer con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional que justificara la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27 de la ley 402. Afirmó que el recurso presentaba una deficiente fundamentación, que solo evidenciaba una mera discrepancia con el decisorio recurrido. Finalmente, el *a quo* consideró que no concurrían en la especie los requisitos que habilitaban la concesión del recurso por la causal de arbitrariedad invocada (fs. 187/188).

8. El GCBA interpuso ante el Tribunal el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 190/208 vuelta).

9. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propuso admitir la queja articulada y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, ordenando el reenvío de las actuaciones a efectos del dictado de un nuevo fallo por las razones desarrolladas a fs. 268/274 de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado:

1. La queja fue interpuesta en tiempo y forma por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), y contiene una crítica suficiente de la decisión interlocutoria que resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad que aquella viene a sostener.

2. En el auto denegatorio, los jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario sostuvieron que la parte recurrente no había logrado exponer un caso constitucional que justificara la intervención del Tribunal; y que su recurso de inconstitucionalidad contenía una “deficiente fundamentación que evidencia una mera discrepancia con el decisorio recurrido” (fs. 187 vuelta). Los magistrados también rechazaron la denuncia de arbitrariedad efectuada por el GCBA explicando que “la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas, pero no resulta autocontradictoria, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica” (fs. 188).

2.1. En su presentación directa, la parte demandada logró poner en crisis los argumentos reseñados en el punto anterior. Allí, explicó —entre otras cosas— que la sentencia contra la que había dirigido el remedio denegado había declarado la inconstitucionalidad del decreto PEN 92/94, de modo que “la apertura de la instancia extraordinaria resulta inevitable ya que se controvierte la jerarquía normativa de ciertas leyes, conforme lo prescribe el art. 31 de la C.N.”. Subrayó que “[l]a decisión acerca de tal cuestión configura en forma indubitable un caso constitucional que merece ser objeto de tratamiento por VE” (fs. 200 vuelta).

Los extremos reseñados autorizan el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad de la parte demandada.

Recurso de inconstitucionalidad:

3. El remedio que está a consideración del Tribunal plantea adecuadamente una cuestión constitucional relacionada con la declaración de inconstitucionalidad del decreto PEN 92/94 y con la peculiar interpretación que los jueces *a quo* efectuaron del art. 31 de la C.N.

4. Conviene recordar que, en el caso, la contribuyente HB Füller interpuso sendas demandas de impugnación de actos administrativos contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En ellas requirió: *i*) la declaración de nulidad del acto administrativo que había denegado su pedido de exención en el impuesto sobre los ingresos brutos ISIB, con base en la existencia de una deuda previa, que vedaba su concesión, y *ii*) la declaración de nulidad de una determinación de oficio efectuada por la Dirección General de Rentas en relación con el tributo mencionado.

El juez de primera instancia —en lo que es pertinente—, consideró que el requisito de inexistencia de deuda previa —dispuesto por el decreto PEN 92/94— resultaba ilegítimo porque contrariaba los compromisos asumidos por la Ciudad en el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (Pacto Federal), e hizo lugar a ambas demandas. Ante el recurso de apelación de la autoridad demandada, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo del juez de grado.

5. En la sentencia del 16/5/2011, la mayoría de la Sala interviniente se remitió a los fundamentos vertidos en la causa “GCBA c/Viñas La Heredad SA s/ejecución fiscal” E.J.F. 213074, sentencia del 12/8/2005.

Resulta ineludible, por ello, transcribir los principales extremos tenidos en cuenta en el precedente mencionado, en el que los vocales afirmaron:

i) “[E]l Estado Nacional y las Provincias acordaron en el Pacto Federal eximir del Impuesto sobre los Ingresos Brutos a las actividades primarias realizadas en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, las reglamentaciones locales (dec. PEN 92/94 y dec. municipal 121/94) establecieron que el goce de dicha exención se encontraba condicionado a la acreditación ante la DGR del cumplimiento de las obligaciones fiscales relativas al tributo”.

“El problema jurídico central del caso radica (...) en determinar si las disposiciones contenidas en los decretos PEN 92/94 y 121/94, que condicionan el otorgamiento de la exención al cumplimiento del requisito mencionado, resultan, o no, compatibles con las cláusulas del Pacto Fiscal”.

“[L]a letra del texto anexo al decreto PEN 1807/93 es clara en cuanto a que las Provincias y el Estado Nacional acordaron eximir a las actividades de producción primaria, sin prever ningún requisito adicional que condicione su otorgamiento. Concretamente, en lo que a esta causa concierne, el Pacto Fiscal no establece diferencia alguna entre los contribuyentes que acreditaron la inexistencia de deuda del tributo y aquellos que no lo hicieron. De esta manera, se advierte que las reglamentaciones locales en el ámbito de la ex-Municipalidad de Buenos Aires restringieron ilegítimamente el alcance de la exención convenida entre los Estados provinciales y el nacional, excluyendo situaciones que el Pacto no discrimina”.

ii) Sobre la jerarquía normativa del Pacto Federal —de cuya determinación dependen las consecuencias que se asignarían a la contradicción precisada en el apartado anterior— la Cámara dijo:

“Llegados a este punto, corresponde destacar que las obligaciones asumidas por las Provincias y el Estado Nacional en el Pacto Fiscal forman parte, según la denomi-

nación acuñada por la Corte Suprema, del derecho intrafederal, aspecto central del federalismo de concertación”.

“En concordancia con ello, nuestro tribunal cimero ha señalado en el citado precedente [se refiere a “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa”, sentencia del 19/8/1999] que el Pacto Fiscal ‘como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (*Fallos*, 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes”.

iii) La conclusión a la que arribaron los jueces *a quo* en el fallo reseñado es que “la disposiciones contenidas en los decs. PEN 92/94 y 121/94 no pueden restringir el alcance de la exención prevista en la sección primera, art. 4º, inc. a) del texto anexo al decreto PEN 1807/93, pues *los términos acordados en el Pacto Fiscal (derecho intrafederal) no pueden ser desvirtuados por las reglamentaciones dictadas a nivel local*. En efecto, la exención fue establecida por un acuerdo interjurisdiccional, cuyas previsiones gozan de preeminencia sobre las disposiciones locales. *Aquí está en juego, en definitiva, el principio constitucional de jerarquía normativa rectamente interpretado, por el cual las normas de derecho intrafederal son superiores a las provinciales*” (el destacado es propio).

Los magistrados decidieron, por fin, que “la exigencia establecida por los decretos PEN 92/94 y 121/94 para la obtención de la exención convenida en el Pacto Federal constituye una reglamentación ilegítima de los términos de dicho acuerdo, pues desvirtúa el sentido jurídico de sus disposiciones, transgrediendo el principio constitucional de jerarquía normativa”.

6. Como se sigue de los párrafos transcriptos, la Sala I de la Cámara del fuero ha considerado que existe una contradicción entre el dec. PEN 1807/93 —cuyo Anexo I contiene el texto del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, y que los vocales consideran como la norma que adoptó el pacto para la Ciudad de Buenos Aires—, y el dec. PEN 92/94 —que calificó como exenta del ISIB a la actividad industrial, y supeditó el acceso a dicha liberalidad a la acreditación previa por parte del contribuyente del cumplimiento de las obligaciones frente al tributo—. Fue en atención a este aparente conflicto normativo que la Cámara declaró la inconstitucionalidad del dec. PEN 92/94, por considerarlo violatorio de lo dispuesto por el dec. PEN 1807/93, al que consideró de una jerarquía superior a aquel. De aquí se sigue que fue central, para la argumentación de los jueces *a quo*, fundar esa diversa jerarquía (superior) que atribuyeron al dec. PEN 1807/93.

Se trató de un esfuerzo en el que, adelanto, los magistrados no tuvieron éxito.

6.1. No puede soslayarse que los preceptos que protagonizan el supuesto conflicto normativo de autos son dos decretos emanados del Poder Ejecutivo Nacional, ambos dictados en ejercicio de la competencia asignada por el ex art. 86 inc. 1º de la C.N. Ambos destinados —en lo que aquí interesa y según lo entendió la Cámara— a producir efectos para el ámbito de la Capital Federal, hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así es que, en mi opinión, deben proponerse robustos argumentos para sostener que dos normas dictadas por el mismo órgano en ejercicio de la misma competencia tienen la diversa jerarquía que la Cámara les atribuyó. Sin embargo, como dije, esto no se verificó en el caso de autos.

Nótese que los jueces afirmaron:

- i)* por un lado, que las obligaciones asumidas por la Ciudad de Buenos Aires forman parte “del derecho intrafederal, aspecto central del federalismo de concertación”,
- ii)* por otro, que el Pacto Federal, una vez ratificado, se incorpora al derecho local de cada Provincia “aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias”
- iii)* por fin, que “[e]sa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal”.

Una lectura atenta revela que las tres afirmaciones precedentes refieren a cuestiones distintas unas de otras y presuponen clasificaciones y criterios diferentes que, en conjunto, no conforman una argumentación efectiva para la solución que la Cámara propone.

Los jueces concluyeron que las reglamentaciones locales (en referencia al dec. PEN 92/94) no podían restringir válidamente las exenciones acordadas por el dec. PEN 1807/93 (cuyo Anexo I reproduce los términos del Pacto Federal, al que calificaron como integrante del “derecho intrafederal”). Entendieron que la restricción efectivamente verificada en autos transgredía “el principio constitucional de jerarquía normativa”.

6.2. La resolución reseñada, sin embargo, no se hace cargo de que la Constitución Nacional no incluye a una norma como el Pacto Federal entre aquellas que constituyen la ley suprema de la Nación, ni fija que tenga jerarquía constitucional, o jerarquía superior a las leyes; y que la Constitución de la Ciudad, por su parte, tampoco contiene disposiciones que permitan sostener que una norma local, infraconstitucional, tiene un estatuto diferenciado respecto de cualquier otra norma local.

Por lo demás, y aun de aceptarse el criterio sostenido por la Cámara en cuanto a la diversa jerarquía que cabría asignar al Pacto Federal, lo cierto es que entre este y el dec. PEN 92/94 no se verifica conflicto alguno. En efecto, la exigencia allí contenida constituye una reglamentación razonable de la exención supuestamente acordada por el Pacto, y que además se conforma a los objetivos de aquel.

Es así que las razones propuestas por la Sala I para fundar la declaración de inconstitucionalidad del dec. PEN 92/94 —y que se limitan a la cita de precedentes en los que la CSJN interpretó los alcances de su competencia originaria—, resultan insuficientes.

7. Por las razones expuestas, corresponde admitir la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, hacer lugar a su recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y remitir el expediente a la Cámara del fuero, para que jueces distintos de los que intervinieron en autos, dicten un nuevo pronunciamiento. Costas a la vencida. Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA cumple los requisitos formales exigidos por el art. 33 de la ley 402, y debe ser admitido pues rebate con solvencia y precisión los fundamentos del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, particularmente lo referido a la inexistencia de un genuino caso constitucional.

Contrariamente a lo manifestado por la Cámara, el GCBA ha logrado demostrar que la sentencia definitiva impugnada, al declarar la invalidez del decreto nacional n° 92/94 y del decreto municipal n° 121/94, desconoce las potestades tributarias de las que goza la Ciudad en virtud de su autonomía, y que están consagradas en las Constituciones nacional y porteña.

Por este motivo, corresponde abrir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

2. En primer lugar, creo pertinente desarrollar algunos breves conceptos sobre el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, su inserción en el ordenamiento jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, y la exención del impuesto sobre los ingresos brutos (ISIB) a la actividad industrial incluida en ese acuerdo.

2.1. La concepción más reciente del federalismo, que propone el diálogo entre los estados que integran la Federación para arribar consensuadamente a soluciones superadoras de los problemas que genera el reparto de competencias, conduce a la suscripción de tratados o pactos interjurisdiccionales que integran lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado “derecho intrafederal”.

En el marco de ese “federalismo de concertación”, los estados no se limitan a ejercer aisladamente sus competencias en el ámbito territorial y personal que les corresponde, sino que abren su mirada al resto de los integrantes de la Federación, para afrontar los problemas comunes y acordar soluciones compartidas. Esta forma de actuar permite sortear las desventajas que generaría la adopción de una forma rígida de estado federal.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de estos tratados interjurisdiccionales? En primer lugar, podemos afirmar que pertenecen al ámbito del derecho público local [conf. CSJN, “Transportes Automotores Chevallier SA. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, sentencia del 20/8/1991, *Fallos*, 314:862], ya que si se tratara de normativa federal no sería necesaria la realización de convenios interjurisdiccionales, pues bastaría con su sanción por parte del Poder Ejecutivo o Legislativo de la Nación. Además, estos convenios suelen regular materias de índole claramente local, y en caso de avanzar sobre temáticas federales, lo hacen en virtud de las concesiones que debe realizar el Estado Nacional para facilitar la suscripción del pacto respectivo.

2.2. El siguiente interrogante a dilucidar consiste en definir de qué manera y con qué jerarquía se incorpora el derecho intrafederal al ordenamiento jurídico interno de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires.

Los tratados interjurisdiccionales se incorporan al derecho público interno de las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires a partir de su aprobación o ratificación por parte de las Legislaturas locales, que generalmente motivará luego el dictado de normas que los implementen en cada jurisdicción. En este mismo sentido, y en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el procedimiento previsto por la Carta Magna local contempla la suscripción de estos tratados por parte del Jefe de Gobierno porteño (art. 104, inc. 3°, CCABA), y su posterior aprobación o rechazo por parte de la Legislatura (art. 80, inc. 8°, CCABA).

Respecto a su jerarquía, la Constitución Nacional no les confiere a los mentados acuerdos interjurisdiccionales rango constitucional ni superior a las normas locales [conf. CSJN, “Matadero y Frigorífico Merlo S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, sentencia del 27/5/2004, *Fallos*, 324:1789], con la única salvedad del régimen de coparticipación federal, en tanto está expresamente consagrado por el art. 75, inc. 2°, C.N. [conf. CSJN, “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, sentencia del 7/12/2001, *Fallos*,

324:4226]. En cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, su Constitución tampoco les reconoce una jerarquía especial.

En consecuencia, la ubicación que ocupen en el ordenamiento jurídico local las disposiciones contenidas en estos acuerdos interjurisdiccionales, dependerá de la jerarquía de las normas locales que los incorporen e instrumenten en el ámbito interno [tal como lo sostuviera en el precedente de este Tribunal “Valot SA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6942/09, sentencia del 2/8/2011, en el que remití a las consideraciones expresadas, en este sentido, por el Dr. Lozano en la sentencia dictada en las mismas actuaciones con fecha 18/8/2010]. Una interpretación diferente, que postule la supremacía de los tratados interjurisdiccionales por sobre todo el derecho local (incluida la correspondiente Constitución), le conferiría a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de una provincia o de la Ciudad de Buenos Aires competencia incluso para modificar y/o contradecir disposiciones de sus respectivas Cartas Magnas, eludiendo de esta manera el estricto procedimiento de reforma constituyente, conclusión que resulta a todas luces indefendible.

Sin embargo, la posición que propicio no implica restar efectividad a los acuerdos interjurisdiccionales, pues en caso de incertidumbre o contradicción con las restantes normas locales, respecto de las materias reguladas por los pactos, debe privilegiarse la interpretación que propicie el cumplimiento acabado de los tratados, por tratarse de la normativa primaria y especialmente dictada al efecto, de la que las jurisdicciones firmantes no pueden apartarse válidamente. Este es el alcance que, a mi entender, debe darse al concepto de “diversa jerarquía” con el que, para la CSJN, se incorporan los tratados interjurisdiccionales al derecho interno local [conf. CSJN, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa”, sentencia del 19/8/1999, *Fallos*, 322:1781; “Papel Misionero S.A.I.F.C. c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa”; sentencia del 5/5/2009, *Fallos*, 332:1007].

Y es que la implementación del “derecho intrafederal”, en el marco de un Estado Federal que presenta un complejo entramado de asignación de competencias, requiere una labor de armonización normativa por parte de los operadores jurídicos, que apunte a garantizar la real vigencia de los tratados interjurisdiccionales y el consecuente cumplimiento de los principios de buena fe y lealtad federal. Por lo tanto, las nuevas normas introducidas por los Pactos interjurisdiccionales deben interpretarse en forma coordinada con las restantes disposiciones locales, adoptando siempre la hermenéutica que permita el efectivo cumplimiento de los principios y reglas concertadas en estos tratados.

Una postura opuesta propiciaría que los Estados —nacional y locales— firmantes de tratados interjurisdiccionales, que han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos mediante la correspondiente aprobación legislativa, incumplan con los mismos mediante el simple dictado de normas contrarias, lo que transformaría a esos acuerdos multilaterales en cáscaras sin contenido, o una mera expresión de deseos que cada jurisdicción puede o no cumplir en forma unilateral e inconsulta. Este criterio afecta los principios básicos en que se asienta un Estado Federal.

2.3. Ahora bien, en cuanto a la aplicación de estos conceptos al caso de autos, cabe recordar, en primer lugar, que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento fue suscripto el 12/8/1993 entre la Nación y distintas provincias con el objetivo declarado de promover el crecimiento sostenido de la actividad económica, la productividad y los niveles de ocupación mediante la adopción de políticas uniformes. A tal efecto, y entre otras medidas, en la cláusula 1ª punto 4º acordaron modificar el

impuesto a los ingresos brutos, disponiendo la exención de distintas actividades, entre las que se encontraba la producción de bienes (industria manufacturera).

El Pacto Federal fue incorporado al ordenamiento jurídico porteño a partir de la ratificación realizada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 14/94—dictado en virtud de la autorización de la Legislatura Nacional contenida en el art. 33 de la ley 24.307—, quien en aquel momento revestía el doble carácter de Jefe del Estado Nacional y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Y en cuanto a la exención del ISIB a la actividad industrial, fue acogida en la Ciudad de Buenos Aires mediante la sanción del decreto 92/94 del Poder Ejecutivo Nacional—en su carácter de Jefe de la Ciudad—, que la introdujo en el nuevo inc. 23 del art. 92 de la Ordenanza Fiscal vigente (nº 40.731 y modificatorias).

Por lo tanto, en los períodos en que se encuentra plenamente vigente en el orden local la exención consagrada en el Pacto Federal, no pueden invocarse otras normas para desconocerla, aunque hayan sido dictadas con posterioridad, ya que en ese caso debe privilegiarse el pleno cumplimiento de la norma primaria y especialmente dictada para regular la material—es decir, la contenida en el Pacto Federal—.

Ello no implica adoptar posiciones dogmáticas ni omitir el cumplimiento de las restantes disposiciones locales referidas a las exenciones y el procedimiento a seguir para su reconocimiento, pues todas las cuestiones inherentes a los tributos locales pueden y deben ser reguladas, en virtud de su autonomía, por las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires. Se trata, entonces, de respetar y cumplir las disposiciones concertadas en los tratados interjurisdiccionales, pero sin extender su alcance más allá de lo acordado, ni desconocer las facultades propias de los Estados locales.

2.4. A continuación debemos determinar cuál es el carácter de la norma exentiva contenida en la cláusula 1ª art. 4º del Pacto Federal, y si el contribuyente está legitimado para reclamar judicialmente ante el aparente desconocimiento de dicha dispensa.

Cabe recordar que las normas operativas son aquellas que contienen descripciones lo suficientemente concretas del presupuesto de hecho y su consecuencia jurídica, que hacen posible su aplicación inmediata, sin necesidad de ser complementadas con ninguna otra norma. Por su parte, las normas programáticas son aquellas que no son autoaplicativas, en razón de requerir reglas complementarias para entrar en funcionamiento, ya sea por subordinar expresamente su eficacia al dictado de otra norma, o bien debido a la generalidad de los términos utilizados que obligan a realizar precisiones ulteriores. De acuerdo a la forma en que han sido elaboradas y los términos utilizados, las normas contenidas en los pactos interjurisdiccionales pueden ser programáticas u operativas, pues en algunos casos establecen parámetros generales que deben ser concretados con el dictado de disposiciones ulteriores por parte de los Estados firmantes, mientras que en otros contienen reglas autoaplicativas.

Por otro lado, algunas normas generan únicamente obligaciones institucionales a cargo de las jurisdicciones firmantes y, por ende, los particulares no presentan un interés jurídico que los habilite a exigir judicialmente su cumplimiento, mientras que otras consagran derechos a los particulares que habilitan la interposición de reclamos judiciales por parte de los interesados en caso de incumplimiento, tal como surge—en el ámbito porteño— del art. 14, CCABA, primer párrafo *in fine*, que expresamente consagró como fuente normativa de derechos tutelables por la vía del amparo—pero igualmente aplicable a otros procesos judiciales— a los “tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte” [véase, en el mismo sentido, QUIROGA LAVIÉ, Humberto: *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 64].

La exención a la actividad industrial fue consagrada en términos claros y precisos en el Pacto Federal, y las jurisdicciones firmantes se comprometieron a implementarla antes del 30/6/1995 —plazo luego prorrogado—, obligación que la Ciudad de Buenos Aires cumplió prontamente con el dictado del decreto nacional 92/94 que modificó la ordenanza fiscal vigente del año 1994. Esta exención, que beneficia a los productores industriales con el objetivo de promover el crecimiento de la economía nacional, en consecuencia les confiere un derecho que puede ser invocado por estos ante los estrados judiciales si demuestran su desconocimiento por parte del fisco local.

Y es que una interpretación contraria, que postule que el incumplimiento de las leyes-convenio únicamente genera responsabilidad de la jurisdicción pertinente ante las restantes, no solo resta efectividad y obstaculiza el pleno cumplimiento del tratado interjurisdiccional, sino que entra en pugna con el principio de lealtad federal y desdibuja los mecanismos de solución concertada de los problemas que suscita la forma de Estado Federal.

3. Sentado lo expuesto, la discusión que debemos resolver consiste en determinar si el requisito de inexistencia de deuda previa del ISIB para acceder a la exención correspondiente a la actividad industrial, consagrado en el dec. nacional 92/94 y el dec. municipal 121/94, resulta una disposición válida o debe descalificarse por constituir un obstáculo que impide la plena vigencia de la exención contemplada en el Pacto Federal.

Como he dicho anteriormente, tanto las normas provenientes de acuerdos interjurisdiccionales —incorporados y vigentes en el ámbito local—, como aquellas dictadas por las autoridades porteñas, forman parte del ordenamiento jurídico interno. Al integrar el mismo sistema, deben interpretarse de una manera armónica, que concilie todas las disposiciones, siempre y cuando se resguarde la finalidad y plena vigencia del tratado.

Ahora bien, que el derecho intrafederal consagre una exención del ISIB, no significa que dicha dispensa opere automáticamente ni que autorice a omitir el cumplimiento de todas las restantes disposiciones sustanciales y formales que regulan la cuestión. O en otras palabras, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se hayan comprometido a eximir del ISIB a la actividad industrial, no implica que hayan renunciado a las facultades de reglamentar dicho impuesto en todas sus facetas.

Analizando específicamente el requisito de inexistencia de deuda previa para acceder a la exención del ISIB, no se percibe como una reglamentación inválida de esa dispensa ni una violación del principio de jerarquía normativa, sino como un recaudo dirigido a garantizar el cobro de las deudas tributarias, y que se encuentra relacionado con el principio de justicia, pues es lógico que se exija el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a quien pretende beneficiarse con una excepción al principio constitucional de generalidad de la imposición tributaria (consagrado en los arts. 16, C.N. y 51, párr. 2º, CCABA).

En otras palabras, no asoma como irrazonable denegarle beneficios fiscales a quienes resultan incumplidores ante el fisco. Esta pauta resulta concordante con la consagrada en el art. 51, último párrafo, CCABA, que impide el otorgamiento de beneficios impositivos a deudores o morosos salvo aprobación de la Legislatura otorgada por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros.

Por otra parte, el hecho de que el Pacto Federal no autorizara expresamente la posibilidad de denegar la exención a quien presentara deudas del ISIB, no impedía que los fiscos locales incorporasen esa exigencia en sus correspondientes jurisdicciones —como efectivamente lo hicieron muchas provincias y la Ciudad de Buenos Aires—, pues la forma de tramitar la exención y los requisitos para acceder a la misma pueden ser reglamentados por los Estados locales en ejercicio de las competencias tributarias

que les corresponden en virtud de lo dispuesto por la Constitución Nacional y las Cartas Magnas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

Y por último, denegar la exención a los productores industriales que tienen deudas ante el fisco, no viola el principio de igualdad, en tanto esta regla exige el mismo tratamiento a quienes se encuentran en igualdad de condiciones, y —como hemos visto— no resulta irrazonable, a los efectos de reconocer una exención, diferenciar el caso de los deudores ante el fisco de aquellos contribuyentes que han acreditado el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

En consecuencia, considero que debe revocarse la sentencia de Cámara impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad del GCBA —obrante a fs. 266/270 del expte. n° 23379/0—, en tanto fundamentó su decisión en la —aquí desechada— invalidez del requisito de inexistencia de deuda del ISIB para acceder a la exención correspondiente a la actividad industrial, consagrada en el dec. nacional 92/94 y el dec. municipal 121/94.

4. Atento a la forma en que resolvieron estas causas los jueces de mérito, aún no fueron tratados los planteos introducidos por las partes que involucran cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional propias de las instancias de mérito, lo que impide pronunciarse sobre el fondo en los términos del art. 31, párr. 2°, de la ley 402.

Por lo tanto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de Cámara obrante a fs. 266/270 del expte. n° 23379/0, reenviar estas actuaciones a la Cámara para que, mediante jueces distintos a los que ya intervinieron, dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido, e imponer las costas a la vencida (conf. art. 62, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Cámara declaró la nulidad de los actos impugnados en estas actuaciones (conf. el punto 1 de los “Resulta”) porque entendió que los decs. 92/94 —dictado por el PEN, modificatorio de la ordenanza 40.731— y 121/94 —dictado por el intendente de la entonces MCBA— son inconstitucionales por encontrarse, a su entender, en oposición a lo acordado en el Pacto Federal para el Empleo y la Producción y el Crecimiento (conf. el decreto nacional 1807/93, en adelante, “el Pacto”). En la interpretación del *a quo*, el Pacto exime del pago del ISIB a los ingresos provenientes de la actividad industrial, la que, no se discute, desarrolló la actora para los periodos acerca de los que versa la controversia, y el requisito incluido por los decretos mencionados para acceder a ese beneficio, no registrar deudas en posiciones anteriores, habría venido a “desvirtuar” el derecho previsto en el Pacto. En palabras de la Cámara: “...el Pacto [...] revisite una especial categoría normativa que impide a las jurisdicciones firmantes apartarse válidamente de sus términos” (conf. fs. 269). Así, concluyó que “...la exigencia establecida por los decretos 92/94 y 121/94 para la obtención de la exención convenida en el Pacto [...] (decreto nacional 1807/93) constituye una reglamentación ilegítima de los términos de dicho acuerdo pues desvirtúa el sentido jurídico de sus disposiciones transgrediendo el principio constitucional de jerarquía normativa” (conf. fs. 269vuelta).

El GCBA discrepa con ambas conclusiones. Por un lado, sostiene que el Pacto no tiene la jerarquía que el *a quo* dice. En ese orden de ideas, manifiesta que no es “...ley suprema de la Nación” (conf. el art. 31 de la C.N.), sino que forma parte del derecho local. El Pacto “...como expresión de voluntades del Estado Nacional y de los Estados Provinciales, se incorpora al derecho local y ello ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema...” (conf. fs. 394vuelta). Por el otro lado, señala que ninguno de los decretos mencionados *supra* están en oposición al Pacto. Sostiene que “...exigir la

acreditación de la inexistencia de deuda para acceder a la exención de deuda no parece ser un requisito que impida el desarrollo de los fines del pacto, ni que los contradiga, ni que los controvierta.// Es más, el Pacto Federal, como proclama de intenciones conjuntas dirigidas al cumplimiento de ciertos fines, no establece en su estricta letra todas y cada una de las disposiciones a las que las Provincias deberán adherirse. Tampoco define el modo de implementar el acceso a la liberalidad para los contribuyentes que se encuentren alcanzados por la misma [*sic*]” (conf. fs. 300). Resume su postura diciendo que “...el solo hecho de que el Pacto no establezca expresamente un requisito ello no implica que ese requisito no pueda ser válidamente impuesto, siempre y cuando no contraríe la finalidad de ese Pacto” (conf. fs. 300). Finalmente, destaca que varias son las jurisdicciones locales que dictaron normas similares a las aquí decretadas inconstitucionales por los magistrados de mérito. Esa circunstancia, afirma, da cuenta de cuál ha sido la interpretación que las partes signatarias han hecho del tratado (conf. fs. 302/304).

2. En ese marco, se ha planteado una cuestión constitucional que corresponde a este Tribunal tratar (conf. el art. 113, inc. 3º, de la CCABA), la validez de los decretos cuya inconstitucionalidad decretó la Cámara.

Jerarquía del Pacto

3. En cuanto a cuál es la jerarquía que corresponde acoderle al Pacto, he tenido oportunidad de expedirme *in re* “Valot SA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6942/09, sentencia de este Tribunal del 18/8/2010 y en “Valot SA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6942/09, sentencia del 2/8/2011, a las que me remito.

3.1. Allí señalé que la C.N. no acuerda al Pacto una jerarquía superior a las normas locales. Ello es así, porque el art. 31 de la C.N. no enumera a los acuerdos interjurisdiccionales, entre los que se encuentra el Pacto, como parte de “...la ley suprema de la Nación”, ni la preeminencia que la parte actora, y los jueces de mérito, le atribuyen al Pacto puede ser extraída de otro artículo de la C.N. (vuelvo sobre esta cuestión en el punto 3.6. de este voto). Tampoco de otros de la Constitución Nacional, ni de la de la CABA.

En particular, en el primero de los pronunciamientos reseñados, con referencia a la categoría “derecho intrafederal”, a la que acuden quienes sostiene la tesis de que los acuerdos interjurisdiccionales están por encima de los ordenamientos locales, sostuve que:

“...encuentro motivos para no compartir la acuñada categoría ‘derecho intrafederal’, [...], cuyos elementos son los acuerdos celebrados entre las provincias y la Nación, o quizás estos cuando vienen ratificados por leyes locales y de la Nación, a estar a la circunstancia de que solamente tengo noticia de que hayan sido clasificadas bajo este rótulo las denominadas ‘leyes-convenio’. Esa formulación vino tomada, según los citados Fallos, 322:1781 y 2624; entre otros, de Zorraquin Becú, quien, en la obra que cita la Corte en esos precedentes, *El Federalismo Argentino*, sostuvo que las ‘leyes-convenio’ se encuentran en un peldaño de la escala normativa que las ubica por encima de las leyes de la Nación y de las constituciones locales²³¹. No es difícil advertir que

²³¹ La pirámide jurídica propuesta por el autor es la siguiente:

- 1) constitución nacional;
- 2) tratados internacionales;
- 3) leyes-convenios celebrados con las provincias;
- 4) leyes nacionales dictadas en consecuencia de la constitución;

no existe tal pirámide dentro del art. 31 de la C.N. [...], y en verdad no refiere Ricardo Zorraquín Becú argumentos de derecho positivo para sostenerla. En efecto, dicho autor sostiene [...] que las ‘leyes-convenio’ están ubicadas por encima de las leyes nacionales porque ‘...[l]a existencia del convenio impide su derogación por otra ley nacional o provincial, lo que le acuerda supremacía sobre estas’²³²; argumentos de los que me ocupo a continuación. En mi opinión, no solamente no hay razones de derecho positivo para sostener esa pirámide normativa, sino que hay fundamentos para descartar esa tesis. En efecto, dicho art. 31 pone un universo normativo por encima de cualquier norma local, aun las constituciones locales. Ello ha sido visto así en precedentes tales como *Fallos*, 303:1801, entre otros. No me detendré a establecer si el art. 31 citado establece escalones internos, puesto que no es relevante a los fines del presente debate. Lo que, en cambio, es evidente es que no puede haber productos de los gobiernos locales por encima de lo que constituye ‘la ley suprema de la Nación’. Suponer semejante superioridad de actos emanados de autoridades provinciales, aun cuando fuera de más de una jurisdicción e inclusive con la participación de la Nación, conllevaría a admitir una reforma de la C.N. por una vía distinta a la prevista en el art. 30. A su vez, esa reforma sería dispuesta por personas que no representan el abanico de opiniones que busca alcanzar el sistema previsto en el mencionado art. 30. La decisión de adoptar una de las llamadas ‘leyes-convenio’ proviene de quienes representan, en principio, únicamente a la mayoría: los poderes ejecutivos de las partes que integran el acuerdo y, en todo caso, también el PL de esas partes mediante el dictado de la ley que ratifica el acuerdo suscripto por el PE (supuesto ese último en que la mayoría para emitir la ley dependerá de lo que cada jurisdicción local establezca en su constitución; por lo señalado más arriba, omito realizar alguna referencia acerca de las mayorías previstas en los incs. 2 y 3 del art. 75 de la C.N.). En cambio, la mayoría requerida por el art. 30 de la C.N., las dos terceras partes del Congreso, es una que abarca, necesariamente, dado el porcentaje indicado, no solo la opinión de la mayoría, sino, también, la de las minorías representadas en el Congreso.

3.2. Volviendo sobre ese punto.

Primero, el art. 30 de la C.N. acuerda al “pueblo” el derecho a reformar la Constitución, no a los estados. Repasemos su texto. “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 no pertenece al original). Así, el Congreso declara la necesidad de reforma, pero quien tiene a su cargo efectuarla es una Convención Constituyente, es decir, los representantes del pueblo elegidos a esos fines. En línea con ello, el preámbulo empieza diciendo “[n]os los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente...”.

-
- 5) tratados interprovinciales;
 - 6) constituciones provinciales;
 - 7) otras leyes nacionales;
 - 8) leyes provinciales
 - 9) decretos, etc.

Conf. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: “El federalismo argentino”, *La torre de Babel*, 4ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 194.

²³² ZORRAQUÍN BECÚ: ob. cit., p. 194.

Sostener la existencia de un derecho “intrafederal”, con el alcance indicado, importaría privar al pueblo de ese derecho para dárselo a los estados. Cualquiera sea la organización que el pueblo decidió darse por medio de la C.N., ella podría ser modificada por los estados por la vía de celebrar un acuerdo del que el pueblo no forma parte.

3.3. Segundo, la tesis analizada no solo conlleva la creación de un sistema de modificación de la C.N. distinto, y notoriamente menos democrático, que el que prevé el art. 30, sino que el régimen establecido por el acuerdo, en tanto requeriría de la unanimidad de voluntades que lo conforman para modificarlo, resultaría de casi imposible modificación. Bastaría que un solo estado no quisiera modificar el acuerdo para que este le pueda ser impuesto a los restantes. Una sola jurisdicción podría mantener un acuerdo que, aunque ventajoso para todas en un comienzo, más tarde solo lo es para una de ellas.

3.4. Tres, si bien tengo noticias de que la tesis del derecho “intrafederal” ha sido utilizada únicamente para tachar de inconstitucionales normas locales, lo cierto es que no hay razones para concluir que no deba producir idénticos efectos respecto de las federales. Recordemos que para Zorraquín Becú los acuerdos intrajurisdiccionales están por encima, incluso, de las leyes nacionales. Así, el Pacto invocado llevaría a las siguientes consecuencias. Desde el ángulo local: *i*) sería, entre otros, inconstitucional: el impuesto de sellos (con las excepciones del punto 1 de la cláusula primera); los impuestos que graven la transferencia de combustible, gas, energía eléctrica, servicios sanitarios y la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo; los impuestos que graven los intereses bancarios y la nómina salarial; el ISIB que grave la producción primaria, a las compañías de seguros, a la compra-venta de divisas; la producción de bienes, las prestaciones de servicios de electricidad, agua, gas; la construcción de inmuebles; *ii*) a su vez, las provincias deberían: *a*) establecer tasas y bases de propiedad inmobiliaria que se ajusten a los porcentajes que dice el punto 5 de la cláusula primera; *b*) intensificar las tareas de control y fiscalización; *c*) transformar el ISIB en un impuesto general al consumo; *d*) unificar las valuaciones y alícuotas en el impuesto sobre las patentes; y, *e*) “[p]ropender a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras, cuya gestión actual se encuentre a cargo de las provincias o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente a las Provincias” (el destacado no pertenece al original).

Por su parte, al Estado Nacional le sería exigible, entre otros deberes: *i*) la disminución de la incidencia impositiva y previsional sobre el costo laboral. Si tenemos en cuenta que el acuerdo data del año 1993, esa disminución hoy, en el 2014, debería ser notoria, y *ii*) que la tasa del IVA no sea superior al 18%.

Como se puede observar, el Pacto no solo impacta en las facultades tributarias de los estados signatarios, sino, también, en políticas de estado como lo son determinar en qué manos deben estar los servicios que prestan los estados locales. Todos esos compromisos, y otros más, serían exigibles judicialmente en la tesis de quienes sostienen la existencia de un derecho “intrafederal”, aun cuando, muy probablemente, ni los propios estados firmantes están dispuestos a requerir la ejecución de muchos de esos compromisos, y mucho menos ejecutarlos.

3.5. Cuarto, y en suma, el Pacto, interpretado como pretende la parte actora, importa eliminar, en gran medida, el Título Segundo de la Constitución, “Gobiernos de Provincia”. Ello así, porque las provincias habrían renunciados a las facultades tributarias que la C.N. le acuerda de un modo prácticamente definitivo o, en otras palabras, hasta que la unanimidad de las partes signatarias se vuelvan a sentar a negociar y esa negociación hipotética dé frutos. Esa interpretación no solo está en contra de la Cons-

titudinación (conf. los arts. 30 y 31), sino que importaría sostener que los estados habrían negociado derechos, el de comprometer sus poderes políticos, que no pertenecen más que al pueblo de la Nación y, aunque en distinta medida, a los de las provincias (conf. el art. 30 de la C.N., retomo esta idea, pero desde otro ángulo en el punto 5 en delante de este voto).

Pactar en contra de su ordenamiento interno es algo que no pueden los estados hacer incluso en el marco de tratados internacionales. El art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46”. A su turno, este último artículo dispone que “[e]l hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados *no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.*”//2. *Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe*” (el destacado no pertenece al original). Finalmente, el art. 60 de la Convención establece que una violación al tratado de esa especie faculta a otro estado contratante a dar como terminado el tratado o suspenderlo (conf. el art. 60, inc. 1º).

Interpretar que el Pacto está por arriba de las leyes federales supondría pensar que los estados locales y la Nación han pactado, en los términos de la Convención de Viena, manifiestamente en contra de lo que dice la C.N., norma acerca de cuya “importancia fundamental” no cabe abrigar dudas.

Así las cosas, y dicho en términos más contundentes, la tesis de que el Pacto forma parte del “derecho intrafederal”, con las consecuencias que la parte actora y los jueces de mérito le han dado a esa caracterización, conlleva poner al Pacto en franca controversia con el texto de la C.N., lo que torna inconstitucional al Pacto; solución a la que al interprete no le es dable arribar existiendo otras interpretaciones posibles (conf. la doctrina de las sentencias publicadas en *Fallos*, 329:5826, y su citas, entre mucho otros).

3.6. Un párrafo aparte merece el art. 75, inc. 2º, de la C.N. Esa norma no fue materia de análisis *in re* “Valot” porque el accionante no había fundado su pretensión en ella. El art. 75, inc. 2º, dice que:

Corresponde al Congreso:

[...]

2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias...” (el destacado no pertenece al original)

3.7. Resulta evidente que el artículo no se refiere a las normas dictadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Habla de normas posteriores, que se dicten en su consecuencia. El tiempo verbal futuro al que se acude en el texto constitucional, “instituirá”, da cuenta inexorablemente de ello; también la cláusula transitoria sexta de la C.N. que expresamente dice que el régimen de coparticipación a que se refiere el inciso transcrito será establecido “...antes de la finalización del año 1996”. Textualmente esa cláusula transitoria, en lo que aquí importa, dice: “[u]n régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996...”.

A ello se suma que ni la ley de coparticipación federal de 1988, ni el Pacto que aquí nos ocupa cumplen con las condiciones a que hace mención el art. 75, inc. 2°. En particular, ninguno de esos acuerdos cuenta con algún criterio “objetivo” para el reparto de los fondos. Esa sola circunstancia los pone en oposición al actual art. 75, inc. 2°, e impide sostener que esos son los acuerdos a que se refiere la C.N.

Por lo demás, el art. 75, inc. 2°, no ha modificado el art. 31, ni habría podido hacerlo, conf. la doctrina de *Fallos*, 322:1616.

4. Sentado ello, corresponde buscar en la CCABA la jerarquía de los acuerdos interjurisdiccionales.

4.1. Los artículos de la CCABA que mencionan a los tratados interjurisdiccionales son: el 14, que dice que “[t]oda 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” (el destacado no pertenece al original); el art. 65 que, en lo que aquí importa, establece que “[n]o pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, *los tratados interjurisdiccionales* y las que requieran mayorías especiales para su aprobación” (el subrayado no forma parte del original); el art. 104, inc. 3, “[a]tribuciones y facultades del Jefe de Gobierno: [...] 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 acuerdo 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” (el destacado no pertenece al original); y, el inc. 19 que dice: “[d]esigna 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 art. 75, inc. 2°, de la C.N.”.

Por su parte, la voz “acuerdo” la tienen, en lo que aquí importa, los siguientes artículos de la CCABA. El art. 9º de la CCABA establece que “[s]on recursos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: [...] 2. Los fondos de coparticipación federal que le correspondan. [...] 4. Los fondos reasignados con motivo de las transferencias de competencias, servicios y funciones, en los términos del art. 75, inc. 2º, quinto párrafo de la C.N. [...] 11. Los ingresos provenientes de los acuerdos celebrados con la Nación, las Provincias, las regiones, las municipalidades, los estados extranjeros y los organismos internacionales”. El art. 80, inc. 8º, que dice que “La Legislatura de la Ciudad: [...] Aprueba o rechaza los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Gobernador”.

Finalmente, la cláusula transitoria tercera de la CCABA establece que “[l]a Ciudad de Buenos Aires afirma su derecho de participar en igualdad de condiciones con el resto de las jurisdicciones en el debate y la elaboración del régimen de coparticipación federal de impuestos”.

4.2. Las normas transcriptas no le dan a los acuerdos interjurisdiccionales una jerarquía específica. Dicho en otros términos, ninguno de los artículos transcriptos pone a esos acuerdos por encima de ninguna otra norma local. En ese marco, la jerarquía del acuerdo va estar dada, en principio, por la norma mediante la cual se adopte.

Alcance de los acuerdos interjurisdiccionales

5. Con lo dicho hasta aquí no vengo a sostener que los estados locales y el Nacional no puedan celebrar pactos. De hecho, la propia C.N. le acuerda a las provincias esa facultad (conf. su art. 125). Sí, en cambio, que por esa vía los estados no pueden modificar sus constituciones, es decir, por ejemplo, no pueden crear los efectos jurídicos que un sector de la doctrina asigna a lo que denomina derecho “intrafederal”. No es dudoso que se pueden acuñar neologismos para nombrar clases de entes, pero reunirlos bajo una denominación común no los dota de atributos. Suponerlo equivale a asignar propiedades mágicas a las palabras. Eso último ocurriría si al Pacto Federal se lo pusiera a modificar, entre otros aspectos del orden jurídico federal-local, la distribución de competencias tributarias realizada por la C.N. La constitución no puede ser modificada por Pactos interjurisdiccionales, porque, como dije, su modificación no es una facultad que esté en manos de los estados, sino un derecho del pueblo (conf. el art. 30 de la C.N.).

5.1. Los convenios interjurisdiccionales tienen el mismo valor que cualquier convenio entre estados.

Así, su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de cada estado signatario viene dada por la legislación interna de cada estado.

Los estados no pueden negociar sino aquello que están autorizados a disponer (por ejemplo, las provincias “...pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios...”, conf. el art. 125).

El acuerdo es, como principio, *res inter alios acta*. Incluso en el derecho internacional esa es la regla. Los acuerdos celebrados entre los estados no acuerdan derechos a sus pueblos, salvo que expresamente así se lo establezcan. La excepción a la regla la configuran los tratados de derechos humanos, universo en el que, resulta evidente, no cabe enmarcar a los tributarios.

La CCABA prevé expresamente que los acuerdos interjurisdiccionales puedan acordar derechos y garantías al pueblo de la Ciudad (conf. el art. 14 de la CCABA, transcrita *supra*). Empero, que ello ocurra, repito, depende de la voluntad de los estados contratantes. No existe ninguna regla ni en la Constitución Nacional, ni en la local que establezca que los convenios interjurisdiccionales acuerdan necesaria o naturalmente derechos al pueblo de los estados contratantes. Así como no es natural, ni menos aún necesario, suponer que mediante acuerdos interjurisdiccionales sean impuestas obligaciones a los ciudadanos de los estados firmantes, sencillamente por la razón de que no son parte en ellos, tampoco esos ciudadanos pueden requerir, en principio, el cumplimiento de las obligaciones allí pactadas. Ahora bien, ello no impide que los estados decidan, por ejemplo, como un modo de control de lo acordado, extender a sus poblaciones la posibilidad de demandar lo convenido.

Obsérvese que a igual solución se arribaría si se acudiera a las reglas del Código Civil. El art. 1201 dice “[e]n los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”. Esta regla busca preservar la ecuación económica del contrato. Si una parte no cumple no puede exigirle el cumplimiento a la otra. Ella, e incluso diría todo el título I “de los contratos” del Código Civil, quedaría vacío de contenido si cualquier persona pudiera exigir el cumplimiento de los acuerdos en que no es parte. Ello así, toda vez que ya no serían las partes contratantes las que decidirían cómo llevar adelante sus acuerdos, sino terceros ajenos a ese acuerdo.

Incluso ese es el régimen que el Código Civil establece para cuando en un contrato se estipulan ventajas a favor de un tercero (conf. el art. 504 y concordantes del Código Civil). José Olegario Machado explica que “[e]l principio de que el contrato solo obliga a los que intervienen en él, no tiene excepción alguna, y cuando se dice, *si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, este podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada* (art. 504); se confirma el mismo principio, porque el tercero deja de ser un extraño en el contrato, pues acepta la estipulación y entra a formar parte, y como su voluntad debe coincidir con la de los contratantes, la aceptación debe venir antes de que estos la hayan dejado sin efecto, pues no podría hacerla revivir, si la obligación estuviera extinguida”²³³ (la cursiva y la negrita pertenecen al original).

El Pacto que nos ocupa no estipula ventajas a favor de terceros. Eso surge del lenguaje que emplea. A su vez, sostener la tesis de que las acuerda a los habitantes de los estados signatarios, y que resulta aplicable el art. 504, debería llevar al intérprete a analizar primeramente cuál es el modo en que esos pueblos pueden aceptar la ventaja, ya que habría que pensar en una aceptación conjunta y de universal alcance; y, luego, si sorteara esta barrera invocando que reclamamos como el presente importan aceptación, solamente algunos de los miembros de esas comunidades quedarían como partes. De ello debería seguirse, para quienes esgrimen la teoría que sostiene la existencia del derecho “intrafederal”, que para modificar el acuerdo se requiere no solo la conformidad de la totalidad de las voluntades de los estados signatarios, sino también la de todas las personas que han aceptado la “ventaja”.

A esta altura del desarrollo cabe recordar que acudo al Código Civil solo para ilustrar que las reglas que establece para los acuerdos entre privados es la misma que

²³³ MACHADO, J. O.: *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. II, Félix Lajouante Editor, Buenos Aires, 1898, pp. 156/158.

entendiendo se aplica a los acuerdos entre estados: *res inter alios acta*; no porque en mi visión los acuerdos entre estados estén sujetas a esas reglas. Esos acuerdos están sujetas a las reglas que los estados signatarios decidan (conf. el punto 7.1 de este voto). Tomo un ejemplo. Supongamos que el EN celebra un acuerdo con otro país en el que establece que la parte querellante en el proceso penal puede solicitar la extradición del imputado. ¿Diremos que el tratado no puede ser modificado o dejado sin efecto sin el consentimiento de los querellantes que lo hubieran aceptado o invocado? Esa persona, la querellante, tiene un derecho que le viene de un acuerdo interjurisdiccional, empero ello no significa que sea parte en el acuerdo. La partes en el acuerdo siguen siendo los estados signatarios, solo ellas pueden solicitar, por ejemplo, la nulidad, la terminación o suspensión de un tratado (conf. la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados).

En materia de derechos humanos la situación es distinta. Por regla, los estados signatarios se comprometen con los demás estados a obrar de determinada manera respecto de sus pobladores, incluyendo en esos modos de obrar el de brindarles a estos últimos acciones judiciales para obtener tutela frente a otros incumplimientos. De ahí que el derecho para invocar su cumplimiento, ante los tribunales del estado signatario, esté, como principio, en manos del pueblo; aunque la acción prevista en el tratado asista a los estados y no directamente a las personas particulares beneficiarias. Estoy describiendo el Pacto de San José.

5.2. Un ejemplo de un acuerdo interjurisdiccional que da derechos a los contribuyentes lo constituye la ley de coparticipación federal (conf. la ley de 23.548) sumada a las que a ella adhirieron.

Allí los estados firmantes decidieron crear un órgano, la Comisión Federal de Impuestos (en adelante, “la CFI”), que entre sus funciones tendría la de decidir si los gravámenes que establecieran las jurisdicciones signatarias coliden con lo pactado. También acordaron cuál sería la consecuencia de una resolución adversa de la CFI. Al respecto el art. 13 dice: “[l]a jurisdicción afectada por una decisión de la Comisión Federal de Impuestos deberá comunicar a dicho organismo, dentro de los noventa (90) días corridos contados a partir de la fecha de notificación de la decisión no recurrida o de los sesenta (60) días corridos contados a partir de la fecha de notificación de la decisión recaída en el período de revisión según los términos del art. 12, en su caso, las medidas que haya adoptado para su cumplimiento.// *Vencidos dichos plazos sin haberse procedido en consecuencia, la Comisión Federal de Impuestos dispondrá lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a aquella, los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión del organismo* (el destacado no pertenece al original).

Finalmente, y en lo que aquí importa, el inc. b) del art. 11 prevé que la intervención de la CFI pueda ser instada “...a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas. Sin perjuicio de las obligaciones de aquellos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes...”²³⁴ Por su parte, el art. 14 establece que “[l]os contribuyentes afectados por tributos que sean declarados en pugna con el régimen de la presente ley, podrán reclamar judicial o administrativamente ante los respectivos fiscos, en la forma

²³⁴ Textualmente el inciso dice: la CFI “[t]endrá las siguientes funciones: [...] Decidir de oficio o a pedido del Ministerio de Nación, de las provincias o de las municipalidades, si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no y, en su caso, en qué medida a las disposiciones de la presente. *En igual sentido, intervendrá a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas.* Sin perjuicio de las obligaciones de aquellos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes;”.

que determine la legislación local pertinente, la devolución de lo abonado por tal concepto sin necesidad de recurrir previamente ante la Comisión Federal de Impuestos”. En suma, los derechos que el acuerdo le da a los contribuyentes son los de instar la actuación de la CFI para analizar la validez de un tributo a la luz de lo acordado —conf. el inc. d) del art. 11—, por un lado, y para reclamar, a la jurisdicción que corresponda, la devolución de los tributos abonados, si el tributo está en oposición a una decisión de la CFI —conf. el art. 14—, por el otro. En ese marco, el derecho a accionar ante la justicia de la jurisdicción involucrada está supeditado a la existencia de una decisión previa del órgano que tiene a su cargo el control del cumplimiento del acuerdo.

5.3. Ese contexto, y las razones que expongo a continuación, me llevan a no compartir la doctrina sentada por la CSJN *in re* “Pan American Energy” (conf. *Fallos*, 335:996), con arreglo a la cual los contribuyentes contarían con el derecho a peticionar, en instancia originaria de la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de los tributos locales que entiendan están en contradicción con lo acordado en la ley de Coparticipación Federal.

Primeramente, tal como quedó dicho, ese derecho no surge de la ley de Coparticipación. Con arreglo a lo previsto en ese acuerdo interjurisdiccional, los contribuyentes solo pueden instar la actuación de la CFI o plantear un reclamo de repetición en las condiciones que manda el art. 14 de la ley 23.548.

A su turno, no hubo “causa” (conf. el art. 116 de la C.N.) que suscitase la competencia de la CSJN. El “conflicto concreto” fue descrito por la CSJN en los siguientes términos: “[q]ue al fundarse la presente acción en la interpretación de la norma local, su confrontación con la ley de coparticipación federal de impuestos y la afectación al derecho de propiedad de la actora, se configura un conflicto concreto, real y sustancial, que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo, entendida como diferente de una opinión que advierta cual sería la norma en un estado de hecho hipotético (*Fallos*, 316: 1713; 320: 1556 y 2851 y 324: 333, ya citado, y 331: 2178 *in re* ‘Camuzzi’)”. Es decir, la confrontación se presenta entre una ley local y la ley de coparticipación, pero, no existe una relación jurídica trabada entre dos sujetos, uno el estado provincial y otro el contribuyente, ni un hecho imponible que dé nacimiento a una obligación tributaria sino una clase de hechos a los cuales la ley toma como generadores de obligaciones tributarias. En síntesis, el conflicto materia de esos autos es de naturaleza abstracta, por lo que el pronunciamiento irá naturalmente más allá de una obligación tributaria de un contribuyente, hasta abarcar a la ley *in totum*. Esa concepción no resulta concordante con la habitualmente se ha dado al concepto de “causa” ni con la exigencia contenida en el art. 322 de que la incertidumbre, que la acción meramente declarativa tiende a despajar, pese sobre una “relación jurídica”. La doctrina inveterada ha sido que aquella con arreglo a la cual para que exista una causa susceptible de decisión jurisdiccional por los órganos permanentes del Poder Judicial es necesario presentarles una controversia acerca de una pretensión que verse sobre una relación jurídica concreta a cuyo respecto quepa adoptar una decisión final y definitiva. Exclusivamente respecto de esas relaciones jurídicas operará el pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general u otros actos cuya emisión y mantenimiento incumbe a otras autoridades. La cosa juzgada, nota distintiva de la función judicial, no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas, circunstancia que lleva necesariamente a delimitar el ámbito de lo justiciable.

En cuanto a qué debe entenderse por relación jurídica, vale recordar las enseñanzas de Savigny, quien señala que “...cada relación de derecho nos aparece como relación de *persona à persona*, determinada por una regla jurídica, la cual asigna à cada indivi-

duo un dominio en donde su voluntad reina independiente de toda voluntad extraña. En su consecuencia, toda relacion de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relacion misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relacion: el primero puede ser considerado como el elemento material de la relacion de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho” (*Sistema de derecho romano actual*, M. F. C. de Savigny, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid. Ed. F. Góngora y compañía, 1878, t. 1, fs. 223/224).

En suma, para que exista una relación jurídica se requiere de la existencia de, por lo menos, dos sujetos. Es decir, no constituye una relación de esa especie la que se dé exclusivamente entre un sujeto y una norma, porque en ese caso faltaría el elemento que Savigny caracteriza como “material”. La existencia de esa relación entre personas es, justamente, la que permite acoderarle a la sentencia los límites subjetivos a los que debe acomodarse el instituto de la cosa juzgada, tal como indiqué *supra*.

La decisión de la CSJN *in re* Pan American que vengo analizando no se ajusta a ninguno de esos parámetros. De hecho, prueba indudable de ello es la solución a la que arribó: privar de validez al art. 3º de la ley 4845 de la Provincia de Chubut (conf. el Considerando 21º); es decir, derogar la ley local que la parte actora había cuestionado por estar en oposición a la ley de coparticipación. No modifica esa conclusión el hecho de que se hubiera probado que la provincia había intimado a la parte actora a pagar el tributo cuestionado. Primeramente, porque no fueron puestos en debate los períodos fiscales cuyo cumplimiento se intimó y, en segundo lugar, porque la relación jurídica acerca de esos períodos no había sido trabada en tanto había un acto definitivo por parte de la administración local al respecto.

5.4. El Pacto que nos ocupa no contiene ninguna previsión que acuerde a los Contribuyentes derecho o garantía alguna.

Los estados locales se comprometieron a adoptar determinadas políticas públicas, en su mayoría tributarias (conf. la cláusula primera), y el EN otras (conf. la cláusula segunda) en el entendimiento de que esas políticas constituían las bases para un crecimiento sostenido de la actividad económica, la producción y los niveles de ocupación (conf. el considerando primero del acuerdo, ver decreto nacional 1807/93). A su turno, en la cláusula cuarta se estableció, expresamente, que “[e]l presente Acuerdo producirá efectos solo en favor de las provincias que lo firmen y desde el momento del acto de la firma”.

Así las cosas, los estados signatarios no quisieron extender los efectos del acuerdo más allá que a quienes formaron parte de él. De ahí que los contribuyentes no tienen un derecho que les venga dado del Pacto.

6. En resumen:

- La C.N. no pone a los tratados interjurisdiccionales por sobre las normas locales (conf. los puntos 3 a 3.7).
- Los estados pueden celebrar acuerdos, pero solo pueden negociar el ejercicio de facultades que les son propias. El tratado no puede constituir un modo de modificar la C.N. o las locales (conf. el punto 5 a 5.1).
- La jerarquía de esos acuerdos va a depender de lo que diga la constitución de cada provincia (conf. el punto 5.1).
- Los acuerdos interprovinciales no acuerdan derechos o garantías al pueblo de los estados signatarios, salvo que ello surja del acuerdo fundadamente (conf. los puntos 5.2 a 5.4).

Interpretación del Pacto. Los decs. 92/94 y 121/94

7. No obstante lo dicho hasta aquí, y suponiendo por un momento la existencia y propiedades del llamado el derecho “intrafederal”, lo cierto es que tampoco se observa que los decs. 92/94 y 121/94, cuya inconstitucionalidad decretó la Cámara, estén en oposición al texto del Pacto.

7.1. Previamente, hay que destacar que no existen reglas ni federales, ni locales que establezcan el modo en que deben ser interpretadas las previsiones de un acuerdo interjurisdiccional. Ciertamente esa es una cuestión que corresponde a las partes signatarias establecer, como así también el órgano encargado de dirimir las contiendas que se susciten en torno al cumplimiento del acuerdo de que se trate (conf. mi voto *in re* “Valot”).

7.2. Ahora bien, la tesis que sostiene la existencia del derecho “intrafederal” pone a los pactos interjurisdiccionales por encima del derecho local e incluso por arriba de la ley federal, es decir, en una jerarquía similar a la que tienen los tratados internacionales (con excepción de los mencionados en el art. 75, inc. 2º) o quizás algo por debajo, pero siempre por encima de las leyes, pero no postula que no sean pactos. Por ello, debería interpretarlos conforme a las reglas de interpretación apropiadas a los tratados. Para los internacionales, que en esto pueden verse como similares a los interjurisdiccionales, vienen recogidas por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

7.3. El art. 31 de la Convención de Viena establece la regla general de interpretación. Dice así:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Buena Fe:

7.4. Primeramente, hay que destacar que no se ha invocado que alguna de las partes firmantes hubiera denunciado el incumplimiento del acuerdo por el período aquí controvertido, de diciembre de 1996 a diciembre de 1997 (conf. el punto 1 de los “Resulta”). Es decir, las partes en el acuerdo no han entendido que durante ese período alguna de ellas hubiera obrado de mala fe.

El texto y contexto del acuerdo:

7.5. En segundo lugar, del texto del acuerdo no surge que la exención a la producción de bienes en el ISIB, que las jurisdicciones locales se comprometieron a establecer, sea una de carácter automático. No hay nada en el texto del Pacto que permita llevar a esa conclusión. Por el contrario, existen buenas razones para concluir lo opuesto.

Las exenciones automáticas constituyen, en principio, la excepción a la regla en materia de beneficios tributarios. De ahí que deben estar expresamente concebidas de ese modo. Ello es así, porque los trámites administrativos a cuyo cumplimiento, por lo general, está supeditado el otorgamiento de un beneficio tributario no son meros formalismos. Ellos permiten al estado hacer los cálculos destinados a estimar los recursos con que va a contar para el período fiscal de que se trate. Para el Legislador no es un dato menor conocer cuál es el porcentaje de contribuyentes exentos del pago de determinada gabela. Esos datos le permiten decidir si tiene que gravar en distinta medida al resto de los contribuyentes para contar con la cantidad de recursos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad estatal. Recordemos que para que un grupo de personas estén exentas del pago de un tributo, otras tienen que estar gravadas con mayor intensidad. De otra manera el estado no podría contar con la cantidad de recursos necesarios para hacer frente al gasto público.

Los estados signatarios del Pacto eran plenamente conscientes de ello. Tal es así que acordaron que “[p]ara compensar la posible falta de ingresos, las Provincias eliminarán exenciones, desgravaciones y deducciones existentes a actividades no incluidas en el listado anterior y adecuarán las alícuotas aplicables a todas las actividades exentas” (conf. el último párrafo del punto 4 de la cláusula primera). Esta regla muestra, además, que las cláusulas del Pacto no dan derechos a las personas sino que los gobiernos pactantes conservan el ejercicio de sus potestades.

Ahora, ¿cómo una Provincia iba a compensar el faltante de ingresos si no conocía en qué medida se reducirían sus ingresos, y a partir de cuándo? A su turno ¿Cómo interpretar esta cláusula sino como una permanente facultad de “escape”?

Los decretos cuya constitucionalidad la actora cuestiona apuntaban, justamente, a conocer esos datos; datos que resultaban, reitero, indispensables para cumplir con lo acordado.

El dec. 92/94, dictado por el PEN, modificó la ordenanza 40.731 eximiendo, en lo que aquí importa, a la producción industrial del pago del ISIB. Estableció, a su vez, que la exención iba a regir a partir del 1º/1/1994 y que “[l]as exenciones dispuestas por este inciso deberán ser solicitadas a la Dirección General de Rentas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos [Aires], debiendo[] los que se presenten para acceder a la liberalidad acreditar previamente en forma fehaciente el cumplimiento de sus obligaciones frente al tributo”. Por su parte, el dec. 121/94 agregó que el beneficio debía ser solicitado ante la DGR, “...en los plazos y condiciones que esta determine, para que la misma[SIC] surta efecto.// De no presentarse la solicitud en el plazo previsto la liberalidad será acordada a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de su presentación”. Asimismo, el art. 2º de este último decreto disponía que era requisito para gozar del beneficio “...la inexistencia de deuda del tributo o bien haberse acogido a planes de regularización y estar cumpliendo los mismos[SIC]”.

En suma, las normas cuestionadas impedían darle efectos retroactivos a la solicitud de exención que no hubiera sido formulada en tiempo oportuno. De ese modo, se evitaba que se viera afectada la ecuación económica-financiera que tuvo en cuenta el Legislador al sancionar el presupuesto para períodos anteriores. Para obtener el beneficio el contribuyente debía presentarse, solicitar el beneficio y demostrar no tener

deudas por posiciones anteriores. Ello le permitía al estado conocer cuántos contribuyentes iban a ser beneficiarios de la exención y a partir de cuándo, sin que se vieran afectados presupuestos pasados. El requisito de no tener deudas en el impuesto para acceder al beneficio no tiene por objeto otra cosa que asegurar cumplimiento por parte del contribuyente para períodos en que no fue computado el beneficio. En modo alguno se puede sostener que ese requisito constituya un subterfugio para no cumplir con el acuerdo. En todo caso, luce más bien como tendiente a evitar que la “compensación” a que se refiere el último párrafo del punto 4 del Pacto no termine impactando de modo desproporcionado en los bolsillos de los contribuyentes que no se vieron beneficiados por la exención acordada.

Por lo demás, no resulta un dato menor el hecho de que la misma persona que representó al Estado Nacional, el presidente de la Nación, fue quien dictó las reglas aquí cuestionadas (el dec. 92/94). Dicho en otros términos, de esos extremos no cabe extraer que el dec. 92/94 esté en oposición a lo acordado por las jurisdicciones locales con la Nación, sino, justamente, lo opuesto. Ello así, toda vez que la Nación, a través de su representante, entendió que ese era uno de los modos que tenían las jurisdicciones locales de cumplir.

Prácticas ulteriores seguidas en la aplicación del tratado:

7.6. Finalmente, las prácticas ulteriores seguidas por las partes signatarias dan cuenta de que la interpretación que hicieron de la exención acordada para la actividad industrial no era una automática, sino que estaba sujeta al cumplimiento de requisitos como los establecidos por los decretos repasados *supra*, en particular, que quien pretendiera acceder al beneficio no tenga deudas por posiciones anteriores.

7.7. Repasemos cuál ha sido la interpretación que las partes hicieron del acuerdo.

<i>Jurisdicción</i>	<i>tratamiento de la actividad industrial frente al ISIB</i>	<i>¿Establece el requisito de no tener deuda por posiciones anteriores para acceder al beneficio?</i>
EN (ex MCBA)	Exenta (conf. los decs. 92/94 y 121/94)	Sí, ver el punto 6.5 de este voto
Buenos Aires	Exenta (conf. la ley 11.518)	Sí ⁶

²³⁵ La provincia de Buenos Aires: el art. 2 de la ley 11.518 decía: “[e]l reconocimiento del beneficio establecido en el artículo anterior [entre otros, actividad manufacturera] se hará efectivo *a petición de parte interesadas*, debiendo acreditarse:// a) *La inexistencia de deudas referidas a todo tributo provincial* o bien haberse acogido a planes de regularización y estar cumpliendo puntualmente con los mismo *[sic]*.” En caso de detectarse la existencia de deudas anteriores la fecha de solicitud del beneficio o de verificarse del plan de regularización a que se hubiera acogido el contribuyente, se producirá en forma automática y de pleno derecho el decaimiento de la exención desde la fecha de su otorgamiento...” (conf. *ADLA*, LIV-B, 1994, 24.311-24.318, pp. 2165/2167).

²³⁶ Catamarca: el art. 4º de la ley 4778 establecía que: “[p]ara acceder al beneficio establecido en el art. 1º [en lo que aquí importa, exención en el pago del ISIB para la “producción de bienes manufacturados”] y la consiguiente reducción de los aportes patronales previstos por el Gobierno nacional en el dec. 2609/93 los contribuyentes deberán:// a) *Acreditar formalmente el cumplimiento de las obligaciones tributarias* y de y los servicios públicos provinciales devengados vencidos...” y el art. 5º de esa misma ley decía: “[e]l beneficio dispuesto de conformidad a las normas precedentes, regirá a partir de la fecha del cumplimiento por parte del contribuyente, de los requisitos establecidos por la ley” (conf. *ADLA*, LIV-B, 1994, 24.311-24.318, pp. 2245/2246, el destacado no pertenece al original).

Catamarca	Exenta (conf. la ley 4778)	Si ⁷
Córdoba	Gravada a tasa cero (conf. el decreto 543/94)	Si ⁸
Chubut	Exenta (conf. la ley 3926)	Si ⁹
Entre Ríos	Exenta (conf. decreto 18/94)	Si ¹⁰
Mendoza	Gravada a tasa cero (conf. el decreto 50/94)	Si ¹¹
San Luis	Exenta (conf. el decreto 99/94)	Si ¹²
Tierra del fuego	Gravada a tasa cero (conf. la ley 217)	Si ¹³

²³⁷ Córdoba: el art. 3 del decreto 543/94 decía: “[l]as alícuotas del cero por ciento (0,0 %) que se prevén en el presente decreto, solo resultarán de aplicación mientras subsista el régimen nacional de desgravaciones sobre la nómina salarial y cuando se verifiquen concurrentemente los siguientes requisitos: *I. El contribuyente posea planta fabril en actividad ubicada en la provincia de Córdoba; II. resulte beneficiario de la reducción dispuesta por el dec. 2609/93 y sus modificatorios del Poder Ejecutivo nacional en materia de contribuciones a cargo de los empleadores sobre la nómina de salarios; III. no registre deuda por las posiciones vencidas, en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, y que ante un proceso de determinación, no surjan diferencias a favor del fisco que excedan al límite, en los años correspondientes, a que se refiere el art. 52 del Código Tributario —ley 6006, t.o. 1988 y sus modificatorias— para quedar comprendido en la excepción que en el mismo se establece y IV. dé cumplimiento a las obligaciones tributarias que en concepto del mismo impuesto se le generen hasta la efectiva vigencia de la reducción de alícuotas a que se refiere el presente decreto* (conf. el decreto 543/94, conf. *ADLA*, LIV-B, 1994, 24.311-24.318, pp. 2268 a 2271, el destacado no pertenece al original)

²³⁸ Chubut: el art. 1° de la ley 3926 decía, en la parte que nos ocupa, que: “[e]l reconocimiento del beneficio establecido en los incs. l) y m) [esto es, la exención a la producción de bienes]; n); ñ) y o) se hará efectivo a petición de parte interesada, debiendo acreditarse:// 1. La inexistencia de deudas referidas a todo tributo provincial o bien regularizar su situación acogiéndose a planes de pago según lo establecido en el Código Fiscal...” (conf. *ADLA*, LIV-B, 1994, 24.311-24.318, pp. 2384, el destacado no pertenece al original).

²³⁹ Entre Ríos: el art. 3° del dec. 18/94, decía: “[s]erá obligación de los contribuyentes del sector industrial beneficiados con las normas de exención, para mantenerlas, contar con la inscripción en el Registro Industrial de la Provincia y tener regularizada su situación con la Dirección General de Rentas de la Provincia. El ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, reglamentará la aplicación del presente artículo” (conf. la *ADLA*, LV-D, 1995, 24.486-24.525, p. 5248).

²⁴⁰ Mendoza: el dec. 50/94 decía que “[e]l beneficio otorgado por el art. 1° del presente [tasa cero para varios sectores industriales] caducará automáticamente cuando los sujetos comprendido en el mismo incurran en cualquiera de las causales siguiente:// a) Registrar deudas, no regularizadas con los tributos cuya recaudación se encuentra a cargo de la Dirección General de Rentas y las vinculadas con el uso agrícola (riego)” (conf. *ADLA*, LIV-B, 1994, 24.311-24.318, pp. 2525).

²⁴¹ San Luis: el art. 3° del dec. 99/94 decía: “[l]a exención será otorgada mediante decreto del Poder Ejecutivo a la empresa que lo solicite, *previo cumplimiento de las disposiciones reglamentarias*” (conf. *ADLA*, LIV-B, 1994, 24.311-24.318, p. 2610, el destacado no pertenece al original).

²⁴² Tierra del Fuego: El art. 2° de la ley 217 decía: “[l]os sujetos que ejerzan actividades gravadas en tasa cero (0) de acuerdo a lo establecido en la presente ley *deberán encontrarse en situación fiscal regular y tramitar ante la Dirección General de Rentas la constancia de cumplimiento conforme a las reglamentaciones vigentes*. Los que no acrediten el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales correspondientes a los tributos recaudados por la Dirección General de rentas, devengados o exigibles, deberán tributar el impuesto sobre los ingresos brutos de conformidad con las alícuotas establecidas en la ley provincial 199 sin el beneficio de alícuota cero (0), con más los accesorios de la ley devengados hasta la fecha del efectivo pago. En caso de que el contribuyente revierta la situación e ingrese la deuda exigible, la tasa cero (0) será de aplicación para los hechos imposables

7.8. Como se puede observar, las partes en el Pacto han interpretado que el compromiso de eximir del pago del ISIB los ingresos provenientes de la actividad industrial no impedía a los estados locales requerir el cumplimiento a los contribuyentes el cumplimiento de determinados requisitos, en particular, el de que no tengan deudas pendientes pro períodos anteriores al que se reconocía el beneficio.

8. Por último, resta señalar que las reglas de interpretación del Código Civil arrojan idéntico resultado que el señalado *supra*.

El art. 1198 del Código Civil establece la regla de que “[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...”. Por lo dicho en los puntos que anteceden, no se observa que los decretos tachados de inconstitucionales por la Cámara constituyan una interpretación de mala fe de lo acordado por parte de la entonces MCBA.

En ese marco, voto por: hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 266/270; y, devolver las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de otros jueces, se dicte una nueva decisión con arreglo a la doctrina aquí sentada. Costas a la vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 190/208 vuelta cumple con los requisitos formales exigidos por el art. 33 de la ley 402 y, al igual que el recurso de inconstitucionalidad que lo precede, logra exponer agravios mínimos suficientes para la habilitación de la instancia extraordinaria que excita.

Es que, más allá de las alegaciones formuladas por la demandada en las referidas presentaciones —e independientemente de las alegaciones en general vertidas por las partes—, la habilitación de la competencia extraordinaria de este Estrado viene dada por encontrarse en juego un régimen al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio por caracterizar como integrante del “derecho intrafederal”, circunstancia que obligaría, por sí sola, de entenderse que posee una naturaleza *sui generis*, con matices y un rango diverso a la legislación ordinaria puramente local, a la realización de un escrutinio con impacto constitucional respecto de la correspondencia de la norma de la Ciudad con las regulaciones contenidas en el apuntado pacto interjurisdiccional.

2. Sobre la naturaleza y alcance del *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del 12/8/1993, y del colectivo de regulaciones que conforman lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado en llamar “derecho intrafederal”, corresponde aquí efectuar algunas observaciones preliminares.

a) *En otra oportunidad* sostuve una vieja postura vertida en el plano puramente doctrinal. Conforme a ella entendí entonces que las obligaciones consignadas en los actos declarativos primero (a cargo de los gobiernos locales) y segundo (en cabeza del Estado nacional) contenidos en el aludido *Pacto Federal*, en lo que respecta a la adecuación de sus correspondientes regímenes tributarios, debían entenderse como *pautas orientadoras* a seguir, hasta que no se concretaran en el derecho positivo pertinente. Allí expresé concretamente: “...ni la Nación ni las provincias se han despojado de sus potestades tributarias [a lo que se agregaba]... que tampoco han atribuido a los particulares el derecho subjetivo a no ser gravados por ellas o a la aplicación de tributos menos

que se generen a partir del día 01 del mes calendario inmediato posterior al de la regularización de la situación fiscal” (conf. *ADLA*, LV-D, 1995, p. 5601, el destacado no pertenece al original).

onerosos. De ello se deriva que los contribuyentes carecen de acción para demandar el cumplimiento de un pacto del cual no han sido parte, por la nulidad de contribuciones por presunta pugna con la letra o la filosofía del acuerdo, salvo el caso de que los tributos fueran contrarios a la Constitución Nacional o a las Leyes del Congreso dictadas en su consecuencia”, añadiendo luego, “[M]ás aún: los actos declarativos que consignan los compromisos provinciales y nacionales, deben entenderse como formulaciones de carácter programático y, por ende, sin fuerza operativa hasta tanto no hayan cristalizado en regulaciones específicas de jerarquía legal” (“Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, *Revista Derecho Tributario*, Ediciones Interoceánicas S.A., Tomo X, enero a junio 1995, pp. 1 a 21 y ss., en particular, p. 19).

b) Influido, de algún modo, por los preceptos antes enunciados, en la causa “Valot S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6942/09, sentencia de este Estrado del 2/8/2011, entendí que no correspondía atender a los planteos formulados respecto del *Pacto Federal*: i) por tratarse de una *acción declarativa de inconstitucionalidad* que colocaba al Tribunal Superior de Justicia en el delicado rol de legislador negativo, con las implicancias que de ello podían derivarse; y, ii) fundamentalmente, *al dar acogida favorable* a las *articulaciones de inconstitucionalidad* allí esgrimidas dada su vinculación con el plexo constitucional sistémico conformado por la *cláusula comercial*, el principio de la *libre circulación económica y territorial*, la *prohibición de instituir aduanas interiores* y la *máxima federalista* derivada de la Constitución Nacional que convoca a todas las autoridades públicas y, sobre todo, a las locales a “...constituir un solo país para un solo pueblo”; añadiendo que “no habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente”; pero previniendo a su vez, respecto a nuestra Carta Magna, “...que no se ha propuesto hacer una Nación centralizada”; por cuanto “la Constitución ha fundado una unión indestructible pero de Estados indestructibles” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “Bressani, Carlos H. y otros c/la Provincia de Mendoza, Inconstitucionalidad de leyes y devolución de dinero” —*Fallos*, 178:9— sentencia del 2/6/1937; doctrina que encuentra sustento, hoy, en los arts. 75, inc. 13 y arts. 1º, 4º, 9º a 12, 31, 75 incs. 12, 18, 30, 125, 126 y ccs. de la C.N.; y arts. 1º, 7º, 9º, 10 y ccs. CCABA). Así las cosas, resultaba inoficioso ahondar en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones del referido *Pacto*.

c) También gravitaron para asumir la postura de que vengo haciendo mérito, la diversidad de soluciones que, sobre distintos aspectos vinculados a la *Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales*, y de otros pactos de concertación fiscal, fue asumiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace más de dos décadas, quizás influenciada por las modificaciones experimentadas en el número de integrantes, así como en la composición de los Magistrados que fueron conformando el Alto Estrado.

3. Un más detenido estudio de la cuestión —ahora en el marco de un recurso de inconstitucionalidad que introduce al control difuso de constitucionalidad en cabeza de los jueces de todas las instancias, y tomando en cuenta los nuevos matices que se comprueban en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema—, me lleva a concluir que tanto la Ley de Coparticipación Federal —régimen con expresa consagración constitucional a partir de la Reforma con vigencia a partir de agosto de 1994— como la frecuencia en la suscripción de tratados interjurisdiccionales de contenido fiscal entre la Nación y las Provincias, o las Provincias entre sí, independientemente de sus características singulares, permiten fundar agravios de orden

constitucional merecedores de ser abordados por la justicia y a cuyo respecto corresponde el siguiente desarrollo:

a) *La forma federal de Estado* —esto es, la que atiende a la distribución territorial del poder entre un gobierno central y las autoridades locales—, como lo señala Pedro J. Frías, se concibe hoy como un *federalismo de concertación*, denominado también por la doctrina en los Estados Unidos de América *federalismo cooperativo*, que propende a dejar de lado el antagonismo, la confrontación, la lucha y la oposición, y que se orienta al acuerdo, la conciliación, la concertación y al equilibrio armónico en la utilización razonada y razonable de las prerrogativas de que pueden valerse las provincias y la Nación (véase “La provincia argentina. Derecho público provincial. Realidad y proyecto federal”, separata de la *Revista Notarial de la Provincia de Córdoba*, n° 28, p. 31, Córdoba, 1976; y “El Federalismo en la Reforma Constitucional”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1994-D, pp. 1122 y ss.). El desenvolvimiento de esta concepción se ha expresado en diversos instrumentos de distribución de la renta federal y de armonización y coordinación financiera, caracterizados por el hecho de ser sancionados por más de una de las esferas de gobierno bajo el formato de ley-convenio, transitando, además del curso común de las leyes en el Congreso de la Nación —sin perjuicio de que, en las de Coparticipación, deben actuar como Cámara de origen la de Senadores (art. 75 inc. 2°, párrafo quinto, C.N.)—, el previsto en cada jurisdicción local (de ordinario, a través de la sanción de leyes de adhesión) para su aceptación.

b) Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación arribó a soluciones diferentes en punto a la oclusión de su Estrado o a la apertura de su competencia originaria de tratarse de partes aforadas a su sede, reconoció en las referidas leyes-convenio una manifestación de lo que dio en denominar el “derecho intrafederal”. Así lo hizo en la causa “Transportes Automotores Chevallier S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa” —*Fallos*, 314:862—, sentencia del 20/8/1991, cuando señaló que “la actora alega la violación de una ley-convenio, esto es, una norma de derecho intrafederal sin efectuar impugnaciones concretas de carácter constitucional” agregando que “[C]omo es sabido, las leyes-convenio hacen parte también —aunque con diversa jerarquía— del derecho local. Esa condición asume en el campo de derecho público provincial la ley de coparticipación por lo que su alegada violación no habilita la instancia originaria, lo que no es óbice para que, oportunamente, se someta el caso al conocimiento del Tribunal por las vías pertinentes”.

Sin alterar la caracterización ni la denominación de las apuntadas leyes, pero arribando a un resultado totalmente diverso, *in re*: “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) v. Provincia de Buenos Aires y otro” —*Fallos*, 322:1781—, sentencia del 19/8/1999, el Máximo Tribunal habilitó su competencia originaria para atender planteos vinculados con compromisos asumidos en el *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del 12/8/1993. Para ello precisó que “[E]se pacto, como las demás creaciones del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (*Fallos*, 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. // Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (ZORRAQUÍN BECÚ, Horacio: *El federalismo argentino*, Perrot, 1958, p. 194)”.

Esta nueva postura fue mantenida en la causa “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 324:4226—, sentencia del 7/12/2001, en la que el Tribunal cimero, respecto de la *Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales*, dejó sentado que “el nuevo rango asignado al tema por la Convención Constituyente de 1994 y el amplio tratamiento que la Ley Fundamental le dedica después de la reforma conduce a la conclusión de que la afectación del sistema así establecido involucra, en principio, una cuestión constitucional”.

c) Las dos posiciones antes referidas se reiteraron y se modificaron sucesivamente a lo largo de una extensa secuencia de pronunciamientos, en las cuales se abordaron, no solo las derivaciones resultantes de la *Ley de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales*, sino también del *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del *Convenio Multilateral para evitar la Doble Imposición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos* y de su *Protocolo Adicional*. Análogo derrotero jurisprudencial se registra en cuanto fue objeto de debate y decisión cuál era la jurisdicción competente —local o federal— cuando la impugnación se realizaba respecto de tributos municipales por considerarlos reñidos con las distintas manifestaciones del colectivo de instrumentos que conforman el “derecho intrafederal”.

Igualmente, en los fallos que seguidamente se citan encontramos pronunciamientos en los que el Tribunal cimero discurrió y se expidió sobre el fondo de los cuestionamientos realizados —tanto en la competencia originaria como en la habilitada como consecuencia de la articulación del remedio federal previsto en el art. 14 de la ley 48—, en los que se advierte que, en atención al avanzado estado del trámite y al hecho de estar en juego manifiestamente regulaciones constitucionales sobre las cuales el Tribunal ya había adelantado criterio, dictó sentencia en la causa a pesar de que en las alegaciones de las partes se hallaran presentes agravios constitucionales además de otros de “derecho intrafederal”.

d) En sucinta reseña, marcan el derrotero de las distintas familias jurisprudenciales los pronunciamientos recaídos en las causas que seguidamente se indican:

- i) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Provincia de Río Negro” —*Fallos*, 326:880—, sentencia del 20/3/2003.
- ii) “Petrolera Pérez Companc S.A. v. Provincia del Neuquén” —*Fallos*, 326:1760—, sentencia del 2/6/2003.
- iii) “Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados v. Provincia de Salta” —*Fallos*, 326:2030—, sentencia del 24/6/2003.
- iv) “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquén” —*Fallos*, 327:1034—, “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquén” —*Fallos*, 327:1051—, “Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima v. Provincia de Santa Cruz” —*Fallos*, 327:1083—, y “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego” —*Fallos*, 327:1108—, todas ellas decididas por sentencia del 15/4/2004, en las que se abordó el incumplimiento por las jurisdicciones provinciales del perfil instrumental con que debía tipificarse el Impuesto de Sellos atento al *Régimen de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales* (art. 9º, inc. b, apartado 2), a las que siguieron una secuencia abundante de resoluciones que abordaron idéntica cuestión y se resolvieron conforme a la misma doctrina.
- v) “Argencard S.A. v. Provincia de Salta” —*Fallos*, 327:1473—, sentencia del 27/5/2004.

- vi) “Matadero y Frigorífico Merlo S.A. v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 327:1789—, sentencia del 27/5/2004.
- vii) “Unilever de Argentina S.A. v. Municipalidad de Río Cuarto” —*Fallos*, 328:3340—, sentencia del 6/9/2005.
- viii) “Cuyoplacas S.A. c/Provincia de La Pampa” —*Fallos*, 332:998—; y “Papel Misionero S.A.I.F.C c/Provincia de Misiones” —*Fallos*, 332:1007—, ambos con sentencia del 5/5/2009.
- ix) “Compañía Micrómnibus La Colorada S.A.C.I. c/Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 332:1624—, sentencia del 28/7/2009.
- x) “Pan American Energy LLC Sucursal Argentina c/Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/acción declarativa” —*Fallos*, 335:996—, sentencia del 19/6/2012.
- xi) “Frigorífico de Aves Soychú SAICFI c/Municipalidad de Gualeguay” —Registro del Alto Tribunal Letra: F, n° 509, t. XLV—, sentencia del 14/5/2013.
- xii) “Central Térmica Sorrento S.A. c/Municipalidad de Rosario, Provincia de Santa Fe” —Registro del Alto Tribunal Letra: C, n° 80, t. XLIII—, sentencia del 18/6/2013.

e) De la compulsa de los anteriores precedentes se advierte que las resoluciones recaídas en dos causas marcan puntos de inflexión en el criterio sostenido por el Alto Estrado. Ello ocurrió en los precedentes ya citados “Matadero y Frigorífico Merlo” y “Papel Misionero” en los cuales, más allá de reconocer el carácter de “derecho intrafederal” a los distintos mecanismos de concertación tributaria, se entendió que los agravios fundados en ellos no se traducían en una cuestión federal exclusiva que habilitaran la intervención originaria del Alto Estrado. En el primer caso, ello ocurrió respecto del *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del 12/8/1993; y en la segunda causa, con referencia a la *Ley de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales*, en tanto obliga a dar satisfacción a las exigencias contenidas en el *Convenio Multilateral para evitar la Doble Imposición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos* (véase en particular considerandos 2° y 3°).

Tal como adelantara párrafos arriba, del escrutinio más estricto de los precedentes citados puede advertirse que, en algunas causas, atendiendo al estado de avance de las mismas y a la circunstancia de que también se habían articulado planteos nítidamente constitucionales, la doctrina judicial que se sentaba no fue óbice para el dictado de sentencia sobre el fondo de la cuestión.

De todos modos, a manera de conclusión, es menester efectuar dos salvedades: la primera, que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “Papel Misionero” cuenta con la *disidencia* de los Ministros Lorenzetti y Zaffaroni que propiciaban *mantener la competencia originaria de dicho Estrado*, y con el *voto singular, acompañando a la mayoría*, según sus fundamentos, del Ministro Maqueda quien, remitiendo al precedente “Matadero y Frigorífico Merlo”, entendió, más estrictamente, que en la causa *no estaban en juego regulaciones federales*; la segunda, que el Alto Estrado ha dejado sentado por mayoría, que *la oclusión de la competencia originaria no obsta a la eventual procedencia del remedio federal previsto en el art. 14 de la ley 48*, luego de transitadas las instancias locales y siempre que se mantengan subsistentes agravios de naturaleza federal.

f) Es que no puede perderse de vista que la *Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales* (en mayor medida y con carácter directo) y los *Acuerdos Federales complementarios* (con menor intensidad y con carácter derivado) constituyen

normas con *reconocimiento constitucional*, dada la expresa referencia al régimen de distribución de la renta pública federal y de armonización tributaria contenida en el *inc. 2º, párrafos segundo a sexto, del art. 75 de la C.N.* (hoy regulado por la ley 23.548). Del mismo modo que deben tenerse presentes las peculiares características de dicho sistema (conf. PIOMBO, Horacio D.: *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos. Su desenvolvimiento en la estructura institucional argentina*, Depalma, 1994), así como deben sumarse, con *particular consideración*, las previsiones de carácter general que para instrumentos de *andamio análogo* brinda el *art. 125 del texto actual de nuestra Carta Magna*.

Por lo demás, es evidente que *los pactos suscriptos por el gobierno central y los estados locales* (ratificados por los órganos legislativos de las dos esferas de gobierno), *no pueden encasillarse dentro del derecho común* sancionado por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, C.N.), *ni dentro del derecho local residual* —circunscripto en la actualidad a la ley 24.588, también denominada *Ley Cafiero*— (art. 75, inc. 30, C.N.), con lo cual, en este aspecto, *tales reglas* sancionadas por el Poder Legislativo Nacional solamente *pueden calificar como federales* sin perjuicio de que, a su vez, en razón de la adhesión y vistas desde otra perspectiva, también constituyan *derecho público local* para los Estados singulares.

g) Independientemente de la postura doctrinal que tiempo atrás sostuve, en el sentido de que ciertos acuerdos fiscales eran inhábiles para que con base en ellos los contribuyentes pudieran formular reclamos a la Nación o a las provincias que los suscribieron y posteriormente aprobaron o ratificaron por acto legislativo (ob. cit. “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, del que soy autor), hoy, casi dos décadas después, tomando en cuenta los sucesivos y variados abordajes practicados sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *entiendo* que los mismos *son oponibles a los Fiscos y permiten articular reclamos por parte de los contribuyentes ante su eventual inobservancia de lo acordado por leyes-convenio*. Todo ello en situación equivalente a la que se deriva de las obligaciones asumidas en la *Ley de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales*, actual ley 23.548 y sus modificaciones (en particular, art. 9º, para el caso, inc. b, apartados 1 y 2).

h) Corresponde fundar ahora sobre qué antecedentes y bases la infracción a las obligaciones asumidas mediante la *Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales* o los *Pactos Fiscales* —y, dentro de sus instrumentos complementarios, el *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del 12/8/1993— por parte de los Fiscos contratantes genera un *derecho en cabeza de los contribuyentes* que les permite, tanto repeler el cobro de un gravamen en pugna con el régimen, como repetir aquellos ya ingresados en contravención con los compromisos asumidos en los acuerdos.

i) En una primer etapa y tomando en cuenta, inicialmente, las obligaciones asumidas por los Fiscos contratantes en la ley 12.139 de *Unificación de Impuestos Internos* —con vigencia a partir del 1º/1/1935—, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* se pronunció *inauguralmente* afirmando que *un tributo contrario al régimen de referencia, solo confería a las otras provincias y a la Nación el derecho a demandar su nulidad* y que, por consiguiente, *los contribuyentes carecían de personería —debió decirse legitimación— para accionar sobre dicha base*. El *leading case* sobre el particular fue el recaído en la causa: “González Diez, B. c. Provincia de Jujuy s/inconstitucionalidad de la ley 1.162, de impuesto a la coca” —*Fallos*, 183:160—, sentencia del 17/3/1939. El mismo temperamento mantuvo el Tribunal cimero con posterioridad, entre otros, al pronunciarse en las causas: “Sociedad Comercial e Industrial Francisco Cores Ltda. s/

inconstitucionalidad y repetición de pago” —*Fallos*, 185:140—, sentencia del 8/11/1939; “Michelin S.A. Argentina de Neumáticos v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 186:64—, sentencia del 23/2/1940; “S.A. Argentina de Capitalización La Continental v. Provincia de Córdoba” —*Fallos*, 201:202—, sentencia del 14/3/1945; “Cervecería Río Segundo c/Provincia de Córdoba” —*Fallos*, 204:63—, sentencia del 13/2/1946; “S.A. La Esmeralda Capitalización v. Provincia de Córdoba” —*Fallos*, 205:131—, sentencia del 28/6/1946; “Cecilio Robles y Cía. v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 208:414—, sentencia del 15/9/1947; “Leopoldo L. Boffi v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 210:276—, sentencia del 3/3/1948; “Carlos Juan Madariaga Anchoarena” —*Fallos*, 242:280—, sentencia del 21/11/1958; “S.A. Compañía San Pablo de Fabricación de Azúcar v. Provincia de Tucumán” —*Fallos*, 251:180—, sentencia del 6/11/1961; “S.A. Petrolera Argentina Esso v. Municipalidad de Bahía Blanca —Buenos Aires—” —*Fallos*, 255:207—, sentencia del 17/4/1963; “S.A. Bodegas y Viñedos Saint Remy” —*Fallos*, 262:367—, sentencia del 6/8/1965; “Electrometalúrgica Andina S.A.” —*Fallos*, 302:150—, sentencia del 6/3/1980; “Erasmó Miguel Ferrando y Cía. C. Municipalidad de Paraná” —*Fallos*, 303:2069—, sentencia del 29/11/1981.

j) *Con posterioridad*, el Tribunal *cimero* adoptó una nueva orientación conforme a la cual *los contribuyentes, a pesar de no ser parte de los pactos interjurisdiccionales instrumentados mediante leyes-convenio sancionadas por la Nación y las provincias, se hallan legitimados para reclamar su cumplimiento, así como para obtener una declaración de nulidad o ilegitimidad de tributos por encontrarse en pugna con el texto o las finalidades de dichos acuerdos*. Esta doctrina judicial fue anticipada con el dictado del pronunciamiento recaído en la causa “Armando Antonio Irungaray v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” —*Fallos*, 307:1993—, sentencia del 15/10/1985, produciéndose el giro definitivo hacia el criterio actualmente sostenido por el Alto Estrado a partir del precedente “Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 308:2153—, sentencia del 13/11/1986. Al apuntado decisivo siguieron numerosos pronunciamientos en los que terminó afirmándose la referida orientación jurisprudencial, entre lo que cabe destacar, a simple título ilustrativo, los recaídos en las causas: “Expreso Singer S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” —*Fallos*, 310:1602—, sentencia del 20/8/1987; “Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Santa Cruz v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales” —*Fallos*, 314:1797—, sentencia del 17/12/1991; “Expreso Cañuelas Sociedad Anónima v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 316:2183—, sentencia del 16/3/1993; “La Plata Remolques S.A. v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 316:2206—, sentencia del 30/9/1993; “Satecna Costa Afuera S.A. v. Provincia de Buenos Aires” —*Fallos*, 316:2206—, sentencia de la misma fecha; “Grafa S.A. v. Dirección General Impositiva” —*Fallos*, 321:358—, sentencia del 17/3/1998; “Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. limitada v. Provincia de Mendoza” —*Fallos*, 321:2501, sentencia del 8/9/1998; “Shell compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquén” —*Fallos*, 327:1051—, “Transportadora Gas del Sur Sociedad Anónima v. Provincia de Santa Cruz” —*Fallos*, 327:1083— y “Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego” —*Fallos*, 327:1108—, las tres últimas —ya citadas en este voto— con sentencia del 15/4/2004. El temperamento de referencia se ha mantenido inalterado con la actual composición del Tribunal hasta la fecha.

4. Sentado el marco metodológico de abordaje de la cuestión, independientemente de las alegaciones formuladas por la Ciudad en las presentes actuaciones, entiendo que:

i) en el *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del 12/8/1993, se establecen *pautas tributarias de aplicación inmediata e in-*

- condicionada* por parte de las provincias (conf. acto declarativo 1º, apartados 1, 2 y 3 primera parte);
- ii) en el mismo instrumento se prevén *compromisos tributarios provinciales de operatividad diferida y condicionada* (acto declarativo 1º, apartados 3 *in fine*, 4, 5, 7, 8; y, en lo que interesa al *sub lite*, apartado 4, párr. 2º, donde se previó que *la dispensa en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos a la actividad industrial debía ser completa al 30/6/1995*);
 - iii) estas últimas estipulaciones, incluso *las referidas a la gravabilidad de la actividad industrial con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, por determinados periodos fueron suspendidas en su vigencia* —conf. ley 24.468, publicada en el *Boletín Oficial* el 23/3/1995, mediante la que se prorrogó el plazo para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acuerdo hasta el 1º/4/1996 (art. 5º); ley 24.699, publicada en el *Boletín Oficial* el 27/9/1996, por la que se suspendió el Pacto hasta el 31/12/1998 (art. 1º); ley 24.919, publicada en el *Boletín Oficial* del 31/12/1997, en la que se estableció la postergación de la aplicación del Convenio hasta el 31 de diciembre del 1999 (art. 2º); ley 25.235 de ratificación del “Compromiso Federal”, publicada en el *Boletín Oficial* del 7/1/2000, en la que se previó una prórroga de las obligaciones asumidas en el Pacto Federal por 2 años o hasta la sanción de la nueva Ley de Coparticipación Federal, lo que sucediera primero (punto primero del anexo a la ley); ley 25.239 de *Reforma Tributaria*, publicada en el *Boletín Oficial* del 31/12/1999, que dispuso, nuevamente y con prácticamente el mismo alcance, la prórroga del plazo en cuestión hasta el 31/12/2001 o hasta la entrada en vigor del nuevo Régimen de Coparticipación Federal, lo que sucediera primero (art. 17); ley 25.400 ratificatoria del “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”, publicada en el *Boletín Oficial* del 10/1/2001, de suspensión hasta el 31/12/2005 o por 5 años, en que se alude al mantenimiento de la afectación de los recursos sancionada en mérito a lo dispuesto en el inc. 3º del art. 75 de la C.N. (punto cuarto); ley 25.570 de ratificación del “Acuerdo Nación-Provincias sobre Relación Financiera y Bases de un Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos”, publicada en el *Boletín Oficial* del 6/6/2002, con una fórmula equivalente a la anterior ley reseñada (art. 4º, párr. 2º); y ley 26.078 de *Presupuesto General de la Administración Nacional*, publicada en el *Boletín Oficial* del 12/1/2006, mediante la que se prorrogaron, una vez más, aquí por 5 años los plazos establecidos (art. 76).

También se observa a este respecto que la mayoría de las prórrogas antes referidas no habrían contado con la unanimidad de las correlativas adhesiones de todas las jurisdicciones locales, lo cual en este caso podría permitir argumentar que ello no vicia a tal postergación en la medida en que no ha sido introducida unilateralmente por quienes tenían la obligación de satisfacer las apuntadas obligaciones —esto es, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, sino, justamente, por quien en el *Pacto* ha sido su contraparte —esto es, la Nación—, quien, por lo demás, ha dispuesto la suspensión o prórroga a través de la rama de gobierno con mayor grado de pleni-potencias como representante rousseauiano de la *voluntad general*, y en el que están residenciadas todas las potestades financieras —desde el momento en que *sin ley formal no hay presupuesto, moneda, tributos ni empréstitos*, lo que, en definitiva, permite sostener que *sin intervención del Congreso no podría haber finanzas nacionales*—. Por lo demás, el *Pacto* solo se ha visto alterado en una de las modalidades de los actos

jurídicos —esto es, en el plazo en que deben satisfacerse ciertas obligaciones— y no en sus estipulaciones esenciales.

5. Tal como ha quedado planteada la cuestión en el punto anterior de este voto, puede comprobarse que por el período en que el contribuyente reclama la procedencia de la exención en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, que va desde el 2/4/1996 hasta la entrada en vigencia de la ley 24.699 el 6/10/1996,²⁴³ el compromiso de no gravar la actividad industrial con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos contenida en el *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, del 12/8/1993, *resultaba operativo y no se encontraba alcanzado por ninguna suspensión ni prórroga*. Tampoco el *Pacto* contemplaba el cumplimiento de recaudo alguno para que operara el beneficio respecto de contribuyentes que desplegaran actividad industrial. Extremo, por lo demás, que no ha controvertido el Fisco en ningún momento durante la tramitación de la presente causa.

6. En el marco señalado, corresponde dilucidar si la jurisdicción local —esto es, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires o su actual continuadora la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, podía válidamente establecer el requisito de inexistencia de deuda previa en el gravamen para el otorgamiento de la dispensa en cuestión.

A este respecto, no puede perderse de vista que, sin necesidad de adentrarse en la jerarquía normativa que se asigne a los instrumentos interjurisdiccionales que resultan del despliegue del ya aludido *federalismo de concertación* —y sin que sea imprescindible incursionar en la prelación, o no, que consecuentemente se les atribuya frente a las disposiciones normativas locales—, las partes de dichos convenios multilaterales de coordinación y armonización no pueden por sí solas desatender las obligaciones asumidas en los acuerdos a los que han arribado. Es que, lo que entre todas las partes se pacta, en lo sustantivo, no puede ser afectado por disposiciones unilaterales de aquella que pretenda verse relevada de sus obligaciones si se tiene en cuenta que las convenciones deben cumplirse de buena fe evitando hacer jugar requisitos desnaturalizantes —más aún, cuando ellos pueden obedecer, no ya a una actitud francamente incumplidora de un contribuyente, sino a una interpretación orientada a no honrar los compromisos asumidos.

Lo antes señalado surge, incluso, de la disposición contenida en el art. 9º inc. a) de ley 23.548, en tanto establece que las provincias habrán de formular su adhesión al mecanismo de distribución de recursos fiscales mediante una ley que disponga *que acepta el régimen sin limitaciones ni reservas*, parámetro extensible al conjunto de las herramientas del “derecho intrafederal” desplegadas mediante el esquema de “pacto-ratificación” o de “ley-convenio”.

También representa una referencia insoslayable como pauta hermenéutica de este tipo de institutos, que la propia Constitución Nacional, con alcance más general y al normar el *Sistema de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales*, vino a establecer, en el quinto párrafo del inc. 2º del art. 75, que *las disposiciones de dicho régimen “no podrán ser modificadas unilateralmente ni reglamentadas”*, de donde resulta claro

²⁴³ La ley 24.699, como se dijo, fue publicada en el *Boletín Oficial* el 27/9/1996 y por no tener expresamente prevista fecha de entrada en vigencia, por aplicación del art. 2º del Cód. Civil, ello ocurrió el 6/10/1996 (conf. BORDA, Guillermo A.: *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. I, 12ª ed. actualizada, Capítulo IV: “Efectos de la Ley en relación al tiempo”, apartado primero: “Fecha de entrada en vigencia”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, parágrafo 135, pp. 147 y ss., en particular p. 150).

que ningún Fisco puede desobligarse de los compromisos asumidos a su respecto, *ni siquiera valiéndose de resquicios colaterales u oblicuos*. Sin perjuicio de ello, como ya lo sostuvo, la Nación, como contraparte de los Estados locales bien puede dispensarlos, temporalmente, de las limitaciones a la potestad tributaria normativa que les compete, según se lo haya impuesto como resultado de la negociación plasmada en el acuerdo.

Por lo demás, en un régimen federal como el argentino, en que existe una pluralidad de sujetos impositores —el Estado Nacional y veinticuatro Estados locales: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las veintitrés provincias—, la adopción de convenios de coordinación atiende a la *unicidad del contribuyente* —que como sujeto pasivo tributario resulta único, a pesar de sus múltiples obligaciones— frente a las manifestaciones del Estado impositor *lato sensu* —que involucra, además de las apuntadas esferas de gobierno (central y locales), a más de dos mil doscientos municipios de provincia—, que diseña los tipos de sus numerosos gravámenes (impuestos, tasas y contribuciones especiales), sus políticas tributarias y la carga fiscal parcial, en algunos casos, de modo irrazonable —sobre todo si se la confronta con la carga fiscal consolidada—.

Para corroborar la necesidad de atender en particular este extremo, al momento de valorar planteos como los que se formulan en autos, basta detenerse en la denominación dada al acuerdo en cuestión, destinado a cubrir las necesidades públicas —*de empleo, producción y crecimiento*—, teniendo en vista que el contribuyente —como operador económico activo—, y el mercado —en tanto ámbito en el que se conjugan los factores de la producción y la formación de los precios—, son los que impulsan, junto con el Estado, la economía nacional (conf. las llamadas *Cláusula del Progreso y Nueva Cláusula del Progreso con Justicia Social*, residenciadas en los incs. 18 y 19 del art. 75 de la Estatuto Supremo).

De acuerdo a lo expuesto, encontrándose operativo el compromiso de la jurisdicción local respecto de la eximición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos que aquí se discute por el período abril/octubre del año 1996, la exigencia de no registrar deuda anterior en el gravamen al momento de requerir formalmente la dispensa a la Administración se exhibe como un apartamiento palmario, unilateral y desnaturalizante de las obligaciones asumidas en el *Pacto*.

Por lo demás, corresponde ponderar en la especie que el contribuyente exteriorizó, sin reticencias, ante la Administración Fiscal que se consideraba abarcado por la dispensa en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos al requerir expresamente el reconocimiento del beneficio por desplegar actividad industrial, el que le fue posteriormente denegado con un fundamento en mi concepto solo aparente —esto es, que no podía acceder al mismo en razón de registrar deuda respecto del gravamen por períodos fiscales anteriores.

7. En lo que respecta a los períodos reclamados, anteriores y posteriores a aquellos en los que operó con plenitud la franquicia, el reclamo fiscal ha sido correctamente formulado por la Administración tributaria y con este alcance debe ser revocada la sentencia. Ello sin perjuicio de mantenerla firme por el lapso en que el compromiso de eximición tenía plena eficacia.

En *primer lugar*, la procedencia del pago del gravamen se mantuvo, incluso, después de la aprobación del *Pacto* por el carácter diferido con que se previó originariamente la dispensa en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos para la actividad industrial, que contemplaba que la implementación total de la exoneración debía efectivizarse al 30/6/1995 —sin perjuicio de las minoraciones parciales de alícuota que la precederán—, fecha que fue extendida luego hasta el 1º/4/1996 mediante la ley 24.468. La fijación de este lapso temporal y su proyección en la presente causa posee relativo in-

terés práctico por cuanto, si bien se denegó una exención requerida en el mes de marzo de 1994, los importes comprendidos en la determinación de oficio se inauguran con el anticipo de diciembre de 1996.

En *segundo lugar*, por el período que va desde el 2/4/1996 hasta el 5 de octubre del mismo año, al tener plena vigencia la obligación exonerativa del Impuesto sobre los Ingresos Brutos contemplada en el acto declarativo primero del *Pacto*, fue mal denegada la franquicia al contribuyente convirtiéndose en un fundamento solamente aparente, el hecho de que el obligado tributario registrara deuda anterior por el gravamen que aquí se debate.

En *tercer lugar*, el reclamo fiscal tiene sustento y no se encuentra enervado por el *Pacto*, en lo que respecta a los períodos en que se devengó el Impuesto sobre los Ingresos Brutos con posterioridad al mes de octubre de 1996, en que entró en vigor la ley 24.699 por la que la Nación prorrogó el compromiso puesto a cargo de las provincias en orden a derogar el apuntado tributo sobre la actividad industrial.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, procede el gravamen por todos los períodos correspondientes a los años 1994, 1995, enero a marzo de 1996, octubre a diciembre del mismo año y 1997 involucrados en autos. Por el contrario, triunfa la exención en favor del contribuyente por los períodos abril a septiembre de 1996.

8. En último lugar, entiendo que corresponde abordar la cuestión referida a la *multa por omisión* aplicada al contribuyente mediante el acto determinativo y sancionatorio, resol. 6556/DGR/2002.

Si bien es cierto que en la figura infraccional de *omisión de tributos*, puede inferirse la comisión del ilícito tributario a partir de la falta de pago del gravamen (elemento objetivo del tipo) presumiéndose la culpa o negligencia (elemento subjetivo de la infracción), este segundo recaudo se desdibuja en el caso concreto si se advierte que la interpretación que postula el contribuyente fue conformada con la decisión favorable de las dos instancias judiciales de mérito, en un *fuero con especialización en lo contencioso administrativo y tributario*.

Todo ello brinda sólido sustento para tener por configurado en el *sub lite* un supuesto de *error excusable* que desactiva la procedencia de la sanción aplicada (véase mi voto en la causa “Tecnó Sudamericana S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 5494/07, sentencia del 19/3/2008).

Exigir del contribuyente una interpretación de regulaciones tributarias marcadas por el vértigo legislativo, a menudo concebidas con un alto grado de opacidad, interferidas por la vacilante naturaleza atribuida al “derecho intrafederal”, con prórrogas y suspensiones en la aplicación de la dispensa, que resulte coincidente con la que se adopte en la última instancia extraordinaria de la organización judicial de la Ciudad, importaría tanto como requerir de este una infalibilidad extrema que difícilmente se compadezca con estándares razonables para medir la prudencia y pericia del obrar de un obligado tributario medio, demandando prácticamente un poder de vaticinio sobrehumano.

Por las razones expuestas, en este aspecto, estimo que corresponde dispensar al contribuyente de la sanción de multa por omisión de impuestos que propicia el Organismo Fiscal.

9. De acuerdo a las consideraciones vertidas en los apartados precedentes, entiendo que debe admitirse la queja articulada por el GCBA, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en lo que respecta a los períodos fiscales durante los cuales el *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Creci-*

miento, del 12/8/1993, se encontraba diferido, suspendido o con las obligaciones a cargo de los Fiscos locales prorrogadas en su vigencia (conforme surge de los considerandos pertinentes de este voto); mantenerla en cuanto a la anulación de las resoluciones impugnadas que denegaron el otorgamiento de la eximición del tributo por el lapso en que el acuerdo interjurisdiccional operó sin restricciones; de igual modo, se mantiene la resolución implícita en lo que respecta a la improcedencia de la multa decretada en sede administrativa; y devolver las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento en función de las pautas aquí brindadas solo sobre la procedencia y cuantificación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos y sus accesorios en función de los períodos y pautas indicadas en este voto. Costas por su orden, en atención a la complejidad de la cuestión debatida, a cómo se decidió en las anteriores instancias, al haberse introducido por este Estrado la cuestión referida a la operatividad del *Pacto* en relación a determinados períodos y a los vencimientos parciales y mutuos (arts. 62 y 65 del CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Admitir* la queja y *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Revocar* la sentencia de fs. 266/270 de los autos principales y *reenviar* estas actuaciones a la Cámara para que, mediante jueces distintos a los que ya intervinieron, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

3°. *Imponer* las costas a la vencida.

4°. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se remita.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde

DCCXIII - BINDERMAN, JAIME BERNARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN BINDERMAN, JAIME BERNARDO C/GCBA Y OTROS S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS

QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efecto suspensivo: improcedencia.

Expte. SACAyT n° 11.102/14 - 4/11/2014

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

I. Jaime Bernardo Binderman (en adelante, el actor) promovió demanda de impugnación de acto administrativo (fs. 30/34 vuelta) "...a efectos de que se declare la nulidad de la resol. 4556/DGR/2008 ... y a impugnar ... la determinación de la base

imponible del impuesto inmobiliario correspondiente al inmueble sito en Bolivia 363 P. 4° D. 13, Partida 1321193, puesto que la aplicación de la cláusula transitoria segunda de la ley 2568 y el detalle del Anexo I a mi propiedad, no refleja la desvalorización económica sufrida por el inmueble...” (fs. 30). Además solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la citada normativa.

2. Contestada la demanda (fs. 35/55) por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), la Sra. jueza de primera instancia del fuero contencioso administrativo y tributario la rechazó, con costas (fs. 5/9).

3. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 12/22 vuelta), que fue contestado por el GCBA (fs. 23/29 vuelta) y denegado por la jueza *a quo* (fs. 2/3 vuelta).

4. Deducido el recurso de queja ante el Tribunal (fs. 74/78 vuelta), el actor solicitó que se le hiciera lugar con efectos suspensivos.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. CASÁS dijo:

1. El art. 33 de la ley 402 establece, en lo pertinente, que: “[m]ientras 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”. Por ello, la petición efectuada por el actor debe ser resuelta en forma previa a dar trámite a la queja (conf. fs. 84).

2. En este sentido, el Tribunal ya ha señalado que, al solicitar la concesión de efecto suspensivo, el recurrente debe demostrar cuáles serían concretamente los perjuicios que le ocasionaría la no suspensión del proceso (“Eyetich, Luisa Ester s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘González, Ángel Ricardo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos’”, expte. n° 4838/06, resolución del 21/9/2006, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. VIII/B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 1305 y ss.; “Fraga, Ricardo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Fraga, Ricardo José c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”, expte. n° 9321/12, resolución del 27/2/2013; y “HSBC Bank Argentina SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Banca Nazionale del Lavoro S.A. c/GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.’”, expte. n° 9771/13, resolución del 19/6/2013; entre otros). A ello se suma la necesidad de que se demuestre que las articulaciones procesales defensivas se hayan ejercitado regular y tempestivamente contra la decisión del tribunal superior de la causa.

3. En el punto V de su recurso de hecho, el actor expresa: “Atento las particularidades del caso, solicito al Tribunal que declare concedido el recurso con efecto suspensivo. Ello por cuanto la sentencia no ha tenido revisión por la Cámara del fuero —no es susceptible de apelación por el monto—, por lo que será el Superior Tribunal la primera oportunidad de revisión del fallo impugnado. Por ello se solicita a V.E. que a fin de evitar más perjuicios al actor, y considerando la particular situación descripta, conceda el recurso con efecto suspensivo” (fs. 78).

Sin embargo, en mi concepto, tales manifestaciones no resultan suficientes para que el Tribunal otorgue a la queja un efecto del que, en principio, carece.

Ello es así, pues el recurrente no explica ni acredita cuáles serían los perjuicios que le ocasionaría que el Tribunal sea la primera oportunidad de revisión de la sentencia que resiste —que rechazó su demanda mediante la que pretendía una nueva determinación del gravamen por Alumbrado, Barrido, Limpieza, Territorial, de Pavimentos y Aceras y ley nacional n° 23.514, correspondiente al inmueble de su propiedad, ubicado

en la calle Bolivia 363, piso 4º, departamento 13, Partida nº 1321193, equiparándolo a las sumas que le correspondió abonar en el año 2007—, ni fundamenta que tales perjuicios no puedan, eventualmente, ser reparados con posterioridad.

Por lo expuesto, el pedido de suspensión del proceso efectuado por el actor debe ser rechazado.

Así lo voto.

Las juezas INÉS M. WEINBERG y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Como regla, la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso. Excepcionalmente el Tribunal puede, mediante resolución expresa, acordarle efecto suspensivo antes de pronunciarse sobre su admisibilidad (art. 33 de la ley 402).

En el caso, el recurrente no brinda fundamento alguno que permita apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a dicha regla conduce al rechazo del pedido.

En efecto, la parte actora se limita a expresar la genérica finalidad de “...evitar más perjuicios al actor” (fs. 78), y a señalar que el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener está dirigido contra una sentencia inapelable, lo que no guarda relación alguna con la petición efectuada, lo que determina su rechazo. Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

La presentación de fs. 78 no muestra que estén dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33 LPTSJ, por lo que el pedido formulado debe ser rechazado

Por ello,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuada por Jaime Bernardo Binderman.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y continúe el trámite de la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCCXIV - GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN GCBA S/RECUSACIÓN (ART. 16, CCAYT)

Recusación del juez. Diligenciamiento de oficio. Remisión del expediente.

Expte. SACAyT nº 11.072/14 - 4/11/2014

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) solicitó el 16/9/2011 la autorización judicial para proceder a la sepultura de las personas que se encuentran en las heladeras del “Hospital General de Agudos Dr. Carlos G. Durand” individualizadas en el escrito de fs. 2/4, de conformidad con lo establecido por la ley 26.413.

2. Posteriormente (fs. 5/11 vuelta), el GCBA recusó al magistrado interviniente en primera instancia, Dr. Roberto Andrés Gallardo. La recusación fue rechazada, por mayoría, por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 12 y vuelta).

3. Contra esa resolución, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/23 vuelta) que fue declarado inadmisibile por la Sala III, por no estar dirigido contra una sentencia definitiva (fs. 24 y vuelta).

4. La representación de la Ciudad se presentó ante el Tribunal mediante la queja de fs. 26/39 para cuestionar esa decisión.

Mediante un escrito posterior (fs. 42/44), el GCBA hizo saber que el juez de primera instancia dictó una resolución mediante la cual dispuso una serie de medidas (véase punto 2 del escrito) que habrían sido requeridas por el Asesor Tutelar, funcionario a quien el Gobierno niega legitimación. Frente a ello, peticionó al Tribunal que “...*requiera la elevación de los autos principales y de todos los incidentes haciéndole saber [al magistrado de grado] que deberá abstenerse de dictar cualquier tipo de medida en relación a estos autos hasta tanto exista un pronunciamiento firme (...) respecto de la recusación de marras*” (fs. 44, resaltado y subrayado en el original).

Para resolver esta petición se llamaron los autos al acuerdo (fs. 46).

FUNDAMENTOS:

Los jueces LUIS F. LOZANO, INÉS M. WEINBERG, JOSÉ O. CASÁS y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Si bien la petición del GCBA de que este Tribunal ordene al juez de grado “que deberá abstenerse de dictar cualquier tipo de medida en relación a estos autos hasta tanto exista un pronunciamiento firme (...) respecto de la recusación de marras” no logra mostrar que la situación descripta justifique, por ahora, una medida de esa índole; toda vez que los argumentos que invoca en el escrito en cuestión, como los que expuso en su recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la resolución que rechazó la recusación del magistrado interviniente, demandan un estudio de la totalidad del expediente que dio origen al incidente que aquí se encuentra en trámite, corresponde hacer lugar al requerimiento de la *elevación de los autos principales y de todos los incidentes*.

En esas condiciones votamos por que se haga lugar en parte a la presentación de fs. 42/44 y se ordene librar oficio al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 a fin de requerirle la remisión, en el plazo de cinco (5) días del expte. n° 42492/0 y de todos los incidentes que se iniciaron a partir de aquel.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Sin que esta decisión implique considerar admisible el recurso de queja planteado por el GCBA, cuestión sobre la que el Tribunal deberá expedirse en la oportunidad correspondiente, señalo ahora que la petición formulada por la Procuración no tiene relación con la resolución que rechazó la recusación del magistrado interviniente, único objeto del recurso de inconstitucionalidad y de la queja que viene a sostener a aquel.

Así, pues, los cuestionamientos que la Ciudad pudiera formular a las medidas dispuestas por el juez de grado no son propios del incidente recusatorio y deberán plantearse por la vía y ante la instancia que corresponda.

Por ello, la presentación de fs. 42/44 es inadmisibile. Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Hacer lugar* parcialmente al pedido formulado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2°. *Ordenar* librar oficio al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 2 Secretaría n° 4 a fin de requerirle la remisión, en el plazo de cinco (5) días, del expte. n° EXP 42.492/0 y de todos los incidentes que se iniciaron a partir de aquel.

3°. *Mandar* se registre, se notifique y se continúe el trámite de la queja.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg

DCCXV - INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS PEÑARANDA DURAND MOLINA, HIROYI S/INFR. ART. 149 BIS, C.P. - INCONSTITUCIONALIDAD S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Admisibilidad parcial. Libertad condicional. Principio de culpabilidad. *Non bis in ídem*.

Expte. SAPCyF n° 10.056/13 - 4/11/2014

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe.

RESULTA:

1. El Defensor General y el Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 208/222) contra la decisión del Tribunal del día 29/5/2014 que resolvió rechazar el recurso de inconstitucionalidad articulado por la defensa en cuanto había sido concedido por la Cámara, desestimándose así el planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del C.P.

2. En su recurso extraordinario, la defensa sostuvo que la resolución impugnada era equiparable a una sentencia definitiva de acuerdo con la jurisprudencia de la CSJN que equipara a definitivas las resoluciones que importan la restricción de la libertad ambulatoria. Asimismo, afirmó que la decisión recurrida suscita un agravio federal suficiente en tanto —sobre la base de la aplicación del art. 14 del C.P., cuya constitucionalidad objeta— le denegó a su asistido la libertad condicional solicitada, vulnerándose la garantía de *ne bis in ídem* y los principios de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad y resocialización.

3. El Fiscal General Adjunto, al contestar el traslado que le fue conferido, expresó que el Tribunal debía declarar inadmisibile el recurso porque la defensa no había

presentado un caso constitucional y por la inexistencia de un agravio actual, en los términos del art. 14 de la ley 48 (fs. 225/227).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio Público de la Defensa cumple con los requisitos formales exigidos, ya que ha sido presentado por escrito, en tiempo oportuno, ante el tribunal superior de la causa y dirigido contra una sentencia equiparable a definitiva.

2. Por lo demás, entiendo que los recurrentes han planteado un caso federal, en cuanto sostienen la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. —aplicado por los jueces de mérito al analizar la procedencia de la libertad condicional solicitada— alegando que contraviene el principio de culpabilidad (prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor) y el *ne bis in idem*. Con este alcance el recurso federal interpuesto debe ser concedido.

3. En relación a los restantes agravios —principios de legalidad, proporcionalidad y resocialización—, tal como lo señala la señora jueza de trámite, doctora Inés M. Weinberg en los puntos 2 (segundo y párr. 3º) y 3 de su voto, el recurso debe ser denegado.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Corresponde conceder el recurso extraordinario interpuesto por la parte recurrente respecto de sus agravios dirigidos a cuestionar la validez del art. 14 del C.P., en cuanto veda la posibilidad de acceder al beneficio de libertad condicional a quien ha sido declarado reincidente, por ser opuesta a los arts. 16, 18 y 19 de la C.N. Ello así, porque la decisión impugnada desestimó la inconstitucionalidad planteada (conf. art. 14 de la ley 48).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que interpusiera el Sr. Defensor General fue presentado en tiempo oportuno y es admisible.

2. La Defensa plantea una cuestión federal que guarda relación directa con la resolución de la causa: la validez constitucional del art. 14 del C.P. en relación a la garantía del *ne bis in idem* y los principios de culpabilidad, legalidad, proporcionalidad y resocialización.

3. En consecuencia, voto por conceder el recurso extraordinario federal.

La jueza INÉS M. WEINBERG dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) pero no puede prosperar.

2. La recurrente insiste con su planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. —aplicado por los jueces de mérito al analizar la procedencia de la libertad condicional solicitada— alegando que contraviene el principio de culpabilidad (prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor) y el *ne bis in idem*. Sin embargo no rebate todos los argumentos brindados en la resolución objetada para desestimar aquellos motivos de agravios. Ello así en tanto que no se hace cargo de refutar los motivos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para rechazar un planteo semejante al aquí presentado, que fue citado expresamente en la sentencia recurrida

para sustentar lo decidido (CSJN, A. 558. XLVI, “Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11.835”, del 27/5/2014).

Por otro lado, más allá de la invocación de diversas convenciones internacionales, principios y garantías constitucionales que considera conculcados en relación a la resocialización que debe caracterizar al régimen del cumplimiento de la pena, la recurrente reitera la misma deficiencia apuntada al momento de rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Ello dado que omite refutar el argumento en virtud del cual el Tribunal afirmó que la denegación de la libertad condicional solicitada no afectaba la reincorporación social del condenado, puesto que aquel, tal como lo habían señalado los jueces de mérito, podría obtener la libertad bajo el régimen de la libertad asistida, previsto en el art. 54 de la ley 24.660, seis meses antes del cumplimiento de la pena, la cual —conforme el cómputo practicado— vencería el 18/9/2015.

Estas circunstancias conducen a denegar el remedio federal intentado, a la luz de la constante jurisprudencia de la CSJN que afirma que, para prosperar, el recurso extraordinario debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, de modo tal que el recurrente debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que aquella se apoya para así derribar las conclusiones que agravian a la parte que recurre (*Fallos*, 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314:481; 315:59, 325, 1699, 2906; 316:420, 2727, 3026; entre muchos otros); exigencia ineludible que también se encuentra prevista en el art. 3°, inc. d), del Reglamento aprobado por la Acordada n° 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Específicamente respecto de los restantes agravios introducidos en esta oportunidad por la recurrente relacionados con la afectación de los principios de legalidad y proporcionalidad, cabe destacar que aquellos no fueron objeto de debate ante este tribunal, por no haber sido introducidos oportunamente en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de los jueces de mérito, por lo que no pueden ahora ser propuestos a la CSJN (conf. doctrina de *Fallos*, 327:2335, entre muchos otros).

4. Por las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto de la Sra. jueza de trámite, Inés M. Weinberg.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1°. *Conceder* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 208/222, en cuanto sostiene la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. —aplicado por los jueces de mérito al analizar la procedencia de la libertad condicional solicitada— a la luz del principio de culpabilidad (prohibición de toda manifestación de derecho penal de autor) y del *ne bis in idem*, y *denegar*lo respecto de los restantes agravios.

2°. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fdo.: Luis F. Lozano - José O. Casás - Alicia E. C. Ruiz - Ana María Conde - Inés M. Weinberg