

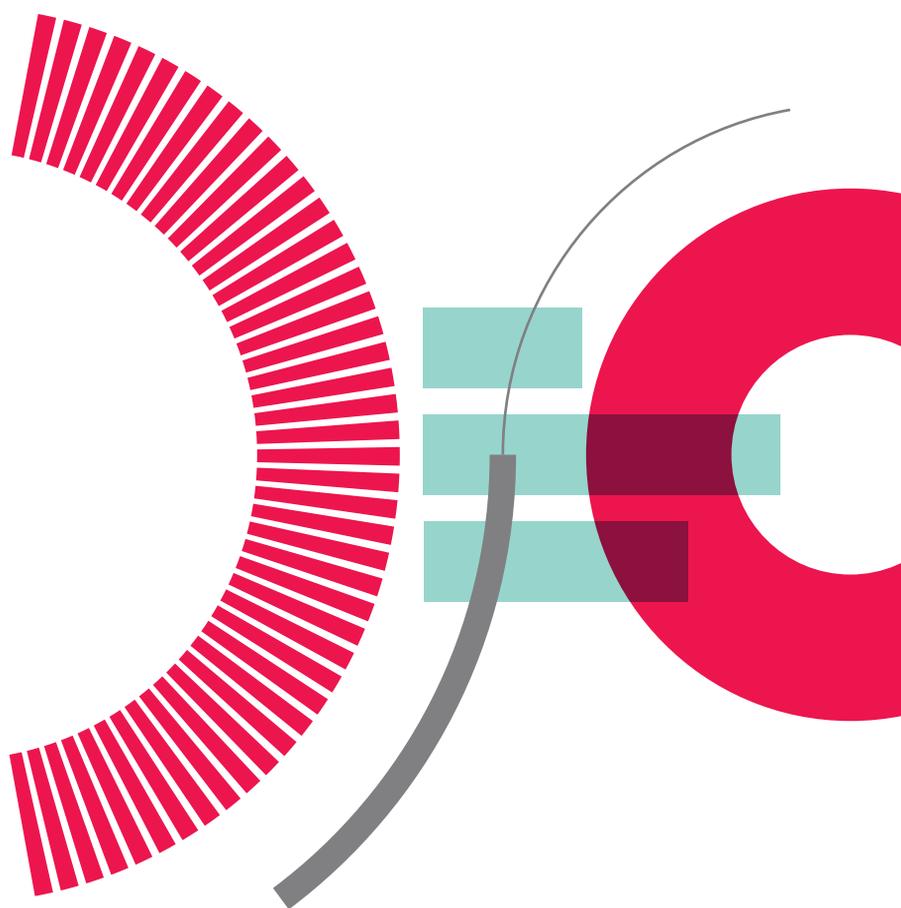
# IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES COLECTIVAS

## DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS EN EL FUERO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO  
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Colección: De incapaces a sujetos de derechos

DOCE



**IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES COLECTIVAS**  
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES  
DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS EN EL FUERO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO  
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

# IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES COLECTIVAS

## DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS EN EL FUERO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO  
Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Colección: De incapaces a sujetos de derechos

DOCE



**Ministerio Público Tutelar**  
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



**A C I J**  
Asociación Civil por  
la Igualdad y la Justicia

---

Musa, Laura

Implementación de sentencias judiciales colectivas. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2013

264 p. ; 23x16 cm. - (De incapaces a sujetos de derechos; 12)

ISBN 978-950-23-2221-6

1. Derechos Humanos. I. Título

CDD 323

---

Fecha de catalogación: 22/10/2013

© Asesoría General Tutelar  
de la Ciudad de Buenos Aires, 2013

Coordinación general: Ernesto Blanck y Romina Faerman (AGT); Luciana Bercovich y Gustavo Maurino (ACIJ).

Coordinación técnica: Mariela Aisenstein y Federico Orlando (AGT); María de los Ángeles Trevisani Vespa (ACIJ).

Equipo de trabajo: Damián Azrak y Daniela Dania (AGT); Dalile Antúnez, Mauro Chelillo y Martín Sigal (ACIJ).

Coordinación operativa y edición: María Laura Anzorena.

Diseño editorial: Lisandro Aldegani y Mariana Piuma.

Realización Gráfica: Eudeba.

Impreso en Argentina.

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Se autoriza la reproducción del contenido de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

## **ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

---

### › **Asesoría General Tutelar**

*Asesora General Tutelar*

Laura Musa

*Secretario General de Coordinación Administrativa*

Rodolfo Medina

*Secretaría General de Gestión*

*Secretario General de Política Institucional*

Ernesto Blanck

### › **Asesorías Generales Adjuntas**

*Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces*

Magdalena Giavarino

*Asesora General Tutelar Adjunta de Menores*

M. de los Ángeles Baliero de Burundarena

### › **Asesorías ante el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario**

*Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones Nº 1*

Gustavo Moreno

*Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones Nº 2*

Juan Vicente Cataldo

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 1*

Mabel López Oliva

*Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 2*

Juan Carlos Toselli

*Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 3*

Jorge Luís Bullorini

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 4*

Norma Sas

### › **Asesorías ante el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas**

*Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones*

Carlos Bigalli

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 1*

Alfonsina Dumon

*Asesora Tutelar de Primera Instancia Nº 2*

M. de los Ángeles Baliero de Burundarena

### › **Oficinas de Atención al Público**

*Asesorías Tutelares de Primera Instancia ante el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario*

Paseo Colón 1333, 6º piso. Tel. 5299-4400 int 4775

*La Boca - Barracas*

Av. Alte. Brown 1250. Tel. 4302-1621

*Villa Soldati - Nueva Pompeya*

Av. Varela 3301. Tel. 4919-5908

*Mataderos - Liniers*

Cnel. Cárdenas 2707/15. Tel. 2053-9702

## ÍNDICE

---

- 9 INTRODUCCIÓN. LAURA MUSA Y GUSTAVO MAURINO
- 15 **PRIMERA PARTE. HERRAMIENTAS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS**
- 17 EL USO DE LAS ASTREINTES EN EL FUERO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. POTENCIALIDADES Y LÍMITES PARA LOS CASOS COLECTIVOS
- 41 NOTAS SOBRE MECANISMOS DELIBERATIVOS EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
- 63 EL PRESUPUESTO EN EL PODER JUDICIAL: HERRAMIENTAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
- 95 **SEGUNDA PARTE. IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS EN CASOS COLECTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS MAGISTRADOS**
- 97 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL CONTENCIOSO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: ¿QUÉ PEDIR, CÓMO ORDENAR? DR. FERNANDO E. JUAN LIMA
- 119 UNA MIRADA PROCESAL DE LOS DENOMINADOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DRA. FABIANA SCHAFRIK DE NÚÑEZ
- 137 DERECHOS SOCIALES: CONFLICTO Y SOLUCIÓN. DRA. ANDREA DANAS
- 147 UN DESAFÍO VALIOSO: EFECTIVIDAD MATERIAL Y TEMPORAL FRENTE A LO DISPUESTO EN UNA SENTENCIA COMPLEJA. DR. JORGE BULLORINI
- 163 **TERCERA PARTE. CONCLUSIONES**
- 165 EL LITIGIO COLECTIVO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. ANÁLISIS DE LAS PERSPECTIVAS DESDE LA JUDICATURA
- 175 **ANEXO. EJEMPLOS DE BUENAS PRÁCTICAS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS**
- 177 CASO DEL HOSPITAL LUGANO. Expte. 16.120. "Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros c/GCBA s/amparo"
- 213 CASO "IGLESIAS". Expte. 15.909. "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/amparo"
- 241 CASO SEGURIDAD Y SALUD EN VILLAS DE LA CIUDAD. Expte. 39.381/0. "Asesoría General Tutelar Nº 1 Fuero CAYT y otro c/GCBA s/amparo"

# INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional consagran una serie de compromisos con los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos, que el Estado tiene la obligación de respetar, promover y garantizar el ejercicio de estos derechos.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no se aparta de los compromisos asumidos a nivel federal; por el contrario, contiene una robusta protección de los derechos sociales, cuya operatividad se establece expresamente, así como también mandatos concretos para el Estado local. Al mismo tiempo, la Ciudad asumió el compromiso de desarrollar políticas sociales para superar las condiciones de pobreza y exclusión, asistir a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promover el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

A pesar de su generosa consagración normativa, la realidad muestra que muchas personas –especialmente aquellas más desaventajadas, entre ellas los niños, niñas y adolescentes y las personas afectadas en su salud mental– no tienen acceso a los servicios de salud, alimentación, educación y vivienda. Así, observamos que las políticas públicas diseñadas e implementadas por los poderes políticos no siempre son idóneas –por inexistencia, insuficiencia, ineficacia o ineficiencia– para la concreción acabada de los derechos sociales.

Elo tiene como consecuencia –en el mejor de los casos y dependiendo del acceso a la Justicia que tengan los ciudadanos– su demanda a través del Poder Judicial. Organizaciones de la sociedad civil, movimientos defensores de derechos humanos, actores institucionales (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo), integrantes del Poder Legislativo, sindicatos, etc., han recurrido a los tribunales con el fin de hacer realidad la letra de las disposiciones contenidas en las normas consagradoras de los derechos sociales.

Así, se judicializan situaciones vinculadas a la vulneración de estos derechos, para fomentar el control judicial de las políticas públicas a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, obtener la ejecución de una política pública concreta o exigir la implementación de una política adecuada, entre otras cuestiones.

De este modo, en la última década el fuero Contencioso Administrativo y Tributario (CAyT) de la Ciudad se ha ungido como el espacio institucional donde presentar planteos que no encuentran respuestas en los órganos políticos. Si bien el fuero dio lugar a una jurisprudencia muy comprometida con los derechos sociales, la efectividad de las decisiones judiciales es un problema identificado por todos los operadores del sistema. De por sí, resulta sumamente dificultoso exigir el cumplimiento de los mandatos judiciales. Ello se agrava cuando se trata de sentencias judiciales relativas a derechos sociales, en los supuestos en los que tienen un impacto estructural o afectan a un colectivo de personas. En estos casos, las herramientas clásicas de ejecución de sentencias suelen devenir ineficaces a los fines de lograr su pleno cumplimiento.

En este contexto, en julio de 2010 la Asesoría General Tutelar (AGT) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) realizaron una jornada sobre el "Estado de situación de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Ciudad de Buenos Aires: análisis de los casos de amparos colectivos". En el evento participaron jueces, defensores, asesores, académicos y organizaciones de la sociedad civil. Uno de los hallazgos que surgieron de dicho encuentro fue la dificultad que tiene el Poder Judicial para aprovechar la infraestructura legal disponible para ejecutar las sentencias. El otro hallazgo fue que, pese a estas dificultades, el fuero contencioso ofrece buenos ejemplos de cumplimiento para profundizar y construir una agenda basada en la práctica.

De esta forma, lo que comenzó como una jornada de análisis de la progresividad del reconocimiento de los DESC en el fuero de referencia, evolucionó en dirección a la necesidad de profundizar el estudio acerca de la ejecución de sentencias judiciales colectivas que consagran este tipo de derechos.

En virtud de ello, la AGT y ACIJ decidieron continuar estudiando esta problemática, pero esta vez poniendo el enfoque en las dificultades y los desafíos en el escenario que se presenta como desenlace de la judicialización de las situaciones estructurales de injusticia social. Así, en mayo de 2011 celebraron un convenio de cooperación y asistencia mutua a fin de realizar una investigación relativa a los desafíos que presenta en nuestra Ciudad la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por un lado, se confeccionó una serie de documentos de trabajo en torno al análisis, la promoción y la justificación de herramientas innovadoras para fortalecer la implementación de sentencias colectivas. Por el otro, se realizó una selección y una sistematización de la experiencia de tres casos exitosos sobre la

base de los cuales se pudieron identificar, analizar y promover “buenas prácticas” judiciales en la implementación de sentencias colectivas. Para ambas partes de la investigación se realizaron numerosas entrevistas con jueces y juezas del fuero y diversos actores de la comunidad jurídica local.

En este marco, se realizaron dos jornadas de reflexión y debate en las que se discutió la práctica de exigibilidad judicial sobre los derechos sociales y se abordaron los objetos de las investigaciones realizadas y otros relacionados con perspectivas y desafíos en materia de ejecución de sentencias en casos colectivos. La primera de estas jornadas se realizó en febrero de 2012, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y contó con la participación de jueces del fuero CAYT de la Ciudad y expertos en la problemática. El segundo encuentro se llevó a cabo en junio, en la misma universidad, y contó con la participación de Asesores Tutelares, Defensores Públicos y Fiscales del fuero CAYT; representantes del tercer sector y expertos en la problemática. En ambas jornadas se compartieron los primeros avances de la investigación, con el fin de identificar buenas prácticas y los desafíos en los procesos de ejecución de sentencias de casos colectivos.

A partir de allí, surgió la idea de hacer una publicación compuesta de documentos escritos por actores relevantes que operan diariamente en el sistema judicial local y conocen en profundidad sus dificultades, falencias, posibilidades y oportunidades para la efectividad de los derechos sociales.

El libro se compone de tres partes y un apéndice. La primera parte identifica y analiza la viabilidad y las limitaciones de las diferentes herramientas de ejecución de sentencias colectivas. Así, contiene documentos referidos a las potencialidades y los límites de las astreintes para los casos colectivos, notas sobre mecanismos deliberativos (audiencias y mesas de diálogo) en los procesos de ejecución de sentencias, y problemas y desafíos de los aspectos presupuestarios en procesos colectivos.

La segunda parte aborda aspectos teóricos y prácticos de la problemática de la ejecución de sentencias colectivas desde la perspectiva de los magistrados del fuero. Los artículos echan luz sobre cuáles son los principales obstáculos al momento de ejecutar este tipo de sentencias, tales como la complejidad del caso, las diversas actitudes procesales y sustantivas de las partes, las restricciones procesales, recursos del juzgado, cuestiones de índole política, etcétera.

En este sentido, el Dr. Fernando Juan Lima, Juez de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, reflexiona sobre la actualidad del procedimiento de ejecución de sentencia y sobre cómo impactan las diferentes etapas

del proceso y la calidad de la intervención de las partes en su desenlace. Asimismo, analiza hasta qué grado debe llegar la intervención del juez en este tipo de procesos y cuáles son sus consecuencias en controversias en las que está presente de forma muy fuerte el interés público. Analiza también la importancia de la precisión tanto de la pretensión inicial como de la sentencia –en su parte dispositiva– a los efectos de lograr que las órdenes judiciales sean cumplidas en tiempo y forma.

La Dra. Fabiana Schafrik de Núñez, Jueza de Primera Instancia del fuero, se enfoca en el análisis de las contingencias procesales que atraviesan los amparos en los que están involucrados DESC, haciendo hincapié –al igual que el Dr. Lima– en el impacto de los estadios iniciales del proceso sobre la posibilidad de la ejecución de su desenlace, ilustrando su explicación con casos que reflejan la práctica en determinadas cuestiones. Por otro lado, la magistrada describe la clase de mecanismos que habitualmente se utilizan en este tipo de procesos, de forma previa al dictado de la sentencia y con el objetivo de que las partes lleguen a un acuerdo. Finalmente explica cuáles son los modos de compeler al Estado a que cumpla con una sentencia en caso de que los mecanismos previos no surtan resultados.

La Dra. Andrea Danas, Jueza del mismo fuero, considera que los casos judiciales vinculados a los derechos sociales requieren una mirada diferente por parte de los tribunales, razón por la cual propone un análisis a partir de la “teoría del conflicto” de Julien Freund. En esta línea, examina tanto las características de los actores distintivos que forman parte del proceso, como el antagonismo que genera la vulneración a estos derechos entre ellos, enfocándose en los desafíos del nuevo rol que ocupa el Juez en este tipo de conflictos como mediador entre las partes. Indica también que en los casos que nos ocupan las formas tradicionales de ejecución de la sentencia devinieron obsoletas.

Finalmente, el Dr. Jorge Bullorini, Asesor Tutelar de primera instancia del fuero, pone el centro de la atención, en forma más genérica y en la misma línea que los autores mencionados precedentemente, en los desafíos procesales de los conflictos jurídicos que trascienden el plano individual para hacer frente a las demandas de la Justicia material. Para ello analiza las diferentes vías de ejecución de las sentencias dictadas en casos colectivos y, puntualmente, la dificultad de la ejecución forzada en sentencias relativas a derechos sociales, repasando las posibilidades que tiene un juez para ello y presentando también un estudio de caso.

Luego de los artículos de los magistrados, en la tercera parte se esbozan algunas reflexiones, que ponen especial énfasis en los desafíos y las perspectivas en los procesos de ejecución de sentencias de casos colectivos vinculados con derechos sociales.

Por último, en el apéndice se realiza una sistematización de las experiencias de tres casos considerados ejemplares con respecto a la implementación de sentencias colectivas, ya sea por el resultado final o bien por los diferentes logros en el marco del proceso de ejecución de la sentencia. Se trata de los casos “Hospital Lugano”, “Iglesias” y “Seguridad y Salud en Villas de la Ciudad”.

El principal objetivo de la publicación es contribuir a la discusión de nuestra comunidad jurídica local sobre las posibles formas de hacer efectivas las resoluciones judiciales en causas en las que estén involucrados derechos sociales, aportando elementos tanto teóricos como prácticos que enriquezcan a los actores y los operadores del sistema institucional y judicial. Esto es gracias al conocimiento y los aprendizajes que la corta pero rica historia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad ha ido generando.

Partiendo del panorama descrito, se plantea necesariamente una reconfiguración tanto del rol del juez, como del esquema procesal tradicional, que poco a poco va siendo construido por las prácticas de operadores administrativos y jurídicos, en un fuero judicial aún joven y en una sociedad en donde todavía nos encontramos lejos de saldar la gran deuda que tenemos con la igualdad y la integración socioeconómica de los sectores más desfavorecidos –particularmente los niños, niñas y adolescentes y las personas afectadas en su salud mental–, en la garantía de derechos humanos básicos.

**Laura Musa**  
Asesora General Tutelar  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

**Gustavo Maurino**  
Co-Director  
Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia

---

PRIMERA PARTE

---

# **HERRAMIENTAS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS**

# EL USO DE LAS ASTREINTES EN EL FUERO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

POTENCIALIDADES Y LÍMITES PARA LOS CASOS COLECTIVOS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Todo ordenamiento legal –y el nuestro no es la excepción– dispone de algún tipo de actividad jurisdiccional para obtener el cumplimiento de la condena mediante un proceso específico llamado “ejecución procesal forzada”. Su carácter de “forzoso” radica en que el procedimiento se desarrolla de un modo independiente de la voluntad del ejecutado y de ejecución, y su función consiste en la realización de lo dispuesto en la sentencia<sup>2</sup>.

Ahora bien, actualmente en nuestra comunidad jurídica local es posible identificar ciertas falencias en lo que respecta al cumplimiento de los mandatos judiciales. Este panorama, a su vez, parece agravarse cuando se trata del cumplimiento de mandatos judiciales vinculadas con derechos sociales que tienen algún tipo de impacto estructural en el diseño y la implementación de políticas públicas; o bien cuando involucran pretensiones colectivas.

Bajo esta situación, muchos/as de los/as jueces/as del fuero local intentan revertir esta desidia a partir de un instrumento regulado en el Código Contencioso Administrativo y Tributario local: la imposición de las astreintes.

---

1 Documento elaborado por Federico Orlando con la colaboración de Daniela Dania en el marco del proyecto conjunto entre la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: “Desafíos en la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad”. El proyecto se desarrolla bajo la coordinación de Luciano Bercovich, Romina Faerman y Gustavo Maurino, con la participación de Mariela Aisenstein, Dalile Antúnez, Damián Azrak, Mauro Chelillo, Federico Orlando, Martín Sigal y María de los Ángeles Trevisani Vespa.

2 Fenochietto, C., Arazi, R. (1985): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, t. III, Buenos Aires, Astrea, p. 594.

Luego de 10 años de la puesta en funcionamiento del fuero, resulta necesario hacer un breve análisis de este instrumento. Para ello, quisiera obviar algunas cuestiones teóricas muy básicas de las astreintes –tales como su naturaleza jurídica, sus rasgos característicos, etc.; por lo demás, largamente exploradas por la doctrina y la jurisprudencia local–. No porque carezcan de relevancia, sino porque el punto principal del presente trabajo es posar la mirada en los alcances, las limitaciones y las potencialidades de este instrumento para intentar remendar la situación antes reseñada. Rasgos que, en su caso, pueden observarse no sólo a partir de dichas consideraciones teóricas, sino también prácticas y empíricas.

Para esto, comenzaré el trabajo con un breve repaso histórico del instituto. Esta mirada “al pasado” hacia su origen puede transparentar cuáles eran las inquietudes y las necesidades que existían en dicha instancia. Luego remarcaré algunos rasgos principales de las astreintes; pero lo haré al solo efecto de discutir y cuestionar algunas construcciones dogmáticas que tendrán un impacto fundamental en su implementación y sus posibilidades de éxito. Según entiendo, es necesario rever una cuestión fundamental: la –supuesta– total ausencia de carácter reparatorio que ha pregonado la doctrina acerca de las astreintes.

Luego de ello repasaré algunas discusiones de las astreintes que, según creo, son relevantes para ser repensadas a la luz del –breve– diagnóstico mencionado en la introducción y de los casos colectivos. En el párrafo siguiente marcaré algunos problemas estructurales de las astreintes que impactan en sus limitaciones; y finalmente propondré algunas someras líneas acerca de qué condiciones deben cumplirse para que dicho instituto tenga más y mejores chances de ser exitoso.

## **2. UN POCO DE HISTORIA**

La tarea jurisprudencial de los tribunales franceses del siglo XIX, los cuales no contaron con un texto legal que autorizara expresamente su aplicación, constituyó el espacio institucional donde se originó y se fue moldeando el instituto de las astreintes. En rigor, los dos primeros antecedentes al respecto datan de 1809 y 1811.

Dichos tribunales comenzaron aplicando por extensión la indemnización de daños e intereses moratorios, sólo aplicables en principio a los casos de incumplimiento obligacional legalmente previstos, a las inejecuciones de tracto continuo en que incurrían los obligados por las sentencias respectivas, respecto de

las obligaciones de dar, hacer o no hacer, a cuya realización habían sido conminados<sup>3</sup>.

En razón de lo antedicho, en los primeros antecedentes, se caracteriza las astreintes como una pena pecuniaria única e inmodificable, que el deudor remiso al cumplimiento de la orden judicial deberá abonar al perjudicado, en concepto de daños y perjuicios por esa desobediencia. En efecto, se ha dicho que las astreintes nacen como una deformación de los daños e intereses, ya que multaban pecuniariamente el retardo en el cumplimiento, no a título compensatorio, sino fijando una suma de dinero no definitiva y de forma conminatoria al cumplimiento<sup>4</sup>.

Con el correr del tiempo, las astreintes se fueron movilizando ya no como una suma fijada en concepto de daños y perjuicios por la reticencia en el cumplimiento, sino como una pena indeterminada, dictada para el futuro, destinada a ser superior en su monto al perjuicio, conminatoria al cumplimiento, pudiendo ser revisada por el juez, aun a costa de la cosa juzgada<sup>5</sup>.

En lo que respecta a nuestra comunidad, en sus comienzos la doctrina se mostró abierta a su imposición, más allá de la inexistencia de previsión legal<sup>6</sup>. La jurisprudencia, en cambio, se mostraba más cauta y recelaba de la aplicación de un instituto que no gozaba de fuente legal. Tal como lo explica Borda, "el fundamento esencial por el cual los tribunales las resistieron, es que consideraron que su aplicación importaba una pena no autorizada por la ley"<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de ello, también en nuestra comunidad jurídica el origen de este instituto se dio a partir de la práctica del derecho judicial. En efecto: el primer precedente jurisprudencial donde se aplicaron las astreintes fue un fallo en el que, en razón de ruidos molestos, se impuso una multa de cien pesos mensuales al dueño de un establecimiento industrial, mientras no hiciera cesar la excesiva incomodidad que causaba a un vecino, cuya finca había sido afectada en su valor locativo en esa cantidad.

---

3 Smith, J. C. (2009): "Incorporación de las astreintes en la legislación argentina", LL 133-1041, en Lorenzetti, R.: *Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley.

4 Colin, A., Capitant, H. (1924): *Curso elemental de derecho civil*, t. III, Madrid, Reus.

5 Compagnucci de Caso recuerda que "es recién con el *arrêt* del 20/10/1959 que el tribunal superior galo admite que las astreintes pueden ser liquidadas por los jueces en una suma arbitraria y desconectada de lo principal, distinguiéndolas netamente del resarcimiento de los daños". Compagnucci de Caso, R. (1992), "Astreintes (algunos de sus aspectos en el derecho argentino y francés)", LL, 1992-D-570.

6 Ferreirós, E. (1998): *Incumplimiento obligacional*, Buenos Aires, La Rocca, p. 36. Véase también Borda, G. (1998): *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I., Buenos Aires, FEDYE, p. 42.

7 Borda, G.: Op. cit.

Sin perjuicio de esto, la jurisprudencia argentina consagraría las hoy conocidas astreintes en el precedente "V. E. L. de F. c/A. F."<sup>8</sup>, donde el juez de primera instancia interviniente condenó a pagar trescientos pesos diarios a un marido que no cumplía la obligación de compartir con la esposa la tenencia de un hijo común. Este fallo fue revocado luego por la Cámara al entender que "la multa cuya aplicación se persigue en el caso, no puede ser impuesta a título de sanción represiva (...). Desde otro punto de vista, aun suponiendo que la imposibilidad de hacer cumplir de otro modo una resolución judicial justificara incorporar a nuestro ordenamiento una sanción exótica, ajena a nuestras costumbres, no fundada en la ley ni acogida en precedente judicial alguno, tampoco se advierte en el presente caso la hipotética imposibilidad"<sup>9</sup>.

Finalmente, Borda explica que "los fallos que aplicaban astreintes eran muy contados y urgía reglamentarlas en la ley para contar con un instrumento seguro y no controvertido que permitiera a los jueces forzar el cumplimiento de sus sentencias"<sup>10</sup>. Así es que luego del III Congreso Nacional de Derecho Civil, y en función de las recomendaciones allí realizadas, la ley 17.711 –norma dictada bajo un gobierno de facto– incorporó el art. 666 bis en el Código Civil<sup>11</sup>.

Cabe entonces resaltar que las astreintes como mecanismos de coacción al obligado por una manda judicial tuvieron un origen pretoriano, marcado por una situación similar a la actual: la necesidad de efectivizar el "imperio judicial". Pero además, y sin perjuicio de la incorporación posterior con la ley 17.711 y ciertas dudas de los jueces, lo cierto es que la ausencia de una norma que expresamente las reconociera no fue un impedimento para los jueces intervinientes en los casos. En efecto, y sólo a modo de ejemplo, en 1959, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil impuso astreintes para obligar a los herederos a poner a disposición del juzgado una plantación<sup>12</sup>; en 1960, la sala C de dicho Tribunal declaró que las astreintes sólo proceden cuando han fallado todas las otras medidas reconocidas expresamente por nuestro ordenamiento jurídico para obtener el cumplimiento de los mandatos judiciales<sup>13</sup>; finalmente, en el año 1961, la Cámara Civil aplicó una multa ante la resistencia al cumpli-

---

8 Decisión del 28/11/1951.

9 CNCiv., sala A, 4/8/1952, JA, 1952-IV-9.

10 Borda, G.: Op. cit., p. 44.

11 Para un desarrollo histórico también puede verse Pérez Giménez, P. (2009): "Las sanciones conminatorias o astreintes. Un análisis doctrinario actual", LL, 2009-C-575.

12 Sentencia del 6/7/1959, JA, 1959-V-88 y ED, 4-911.

13 Sentencia del 29/8/1960, ED, 1-487, y JA, 1961-IV-368.

miento del régimen de tenencia y visitas<sup>14</sup>. Todas instancias en las que los magistrados hicieron uso de este instrumento sin un apoyo legal expreso.

Ahora bien, antes de comenzar con la descripción del instituto, es necesario remarcar la gravedad de la situación a la que se intenta responder, recordando que el instituto de las astreintes es una de las últimas salvaguardas que brinda el ordenamiento jurídico para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales. De allí que el hecho de que su aplicación forme parte de la práctica judicial cotidiana del fuero es una consecuencia de algo particularmente grave y preocupante: el desoimiento de las órdenes judiciales. Pero esto parece todavía más acuciante cuando, por un lado, lo que está en juego es la garantía y la efectividad de derechos fundamentales; y, por el otro, cuando quien incumple estas órdenes judiciales es, justamente, quien debe velar por su cumplimiento, es decir, la propia Administración.

De allí que esta problemática –mucho más práctica que teórica– no puede desentenderse de la gravedad institucional que se encuentra detrás, que es el debido respeto al poder estatal encargado de custodiar nuestros compromisos constitucionales más fundamentales cuando los canales políticos que forman parte de los poderes legislativos y ejecutivos han fallado.

### 3. ALGUNAS CUESTIONES TEÓRICAS BÁSICAS ACERCA DE LAS ASTREINTES

Parece innecesario recordar que las astreintes han sido incorporadas al ordenamiento jurídico local a partir del art. 30 del Código Contencioso Administrativo y Tributario<sup>15</sup>.

Remarquemos algunas distinciones relevantes con el ordenamiento nacional. En primer término, mientras que el art. 666 bis del Código Civil habla de que las astreintes podrán imponerse a favor del “titular del derecho”, el CCAyT agrega: “el titular del derecho *afectado por el incumplimiento*”<sup>16</sup>. De esta forma, el legislador local parece ser más estricto al momento de delimitar el destino de las astreintes, pues ya no basta con que el incumplimiento afecte gené-

14 Sentencia del 4/8/1961, ED, 2-755, y JA, 1961-VI-73. A su vez, Borda identifica numerosos precedentes en la misma línea emanados de la jurisprudencia de los tribunales de la provincia de Buenos Aires; ver Borda, G.: Op. cit., p. 43, nota al pie 72.

15 El art. 666 bis del Código Civil expresa que “Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”.

16 El resultado me pertenece.

ricamente a una de las partes, sino que se requiere la afectación de un derecho concreto<sup>17</sup>.

En segundo lugar, el último párrafo del art. 30 del CCAyT incorpora la posibilidad de imponer astreintes en cabeza del funcionario responsable. Sin perjuicio de remarcar la diferencia con la normativa nacional, quisiera dejar para más adelante las discusiones que han suscitado la interpretación y la aplicación de este párrafo.

Además, las astreintes poseen una finalidad conminatoria, puesto que su objetivo principal es consagrar el valor *eficacia* dentro del proceso<sup>18</sup>. Por ello, Borda destaca que tienen un doble propósito: i) asegurar el pleno acatamiento de las decisiones judiciales; y ii) lograr –a pesar de la voluntad renuente del deudor– el cumplimiento específico de lo adeudado<sup>19</sup>.

Luego, como derivación de este rasgo conminatorio, se ha dicho que las astreintes no poseen carácter reparatorio o indemnizatorio<sup>20</sup>. Por ello, se las ha diferenciado de la indemnización por daños: i) porque la indemnización fija definitivamente los daños sufridos en tanto que las astreintes son provisorias y pueden ser alteradas discrecionalmente por los jueces; ii) porque la medida de la indemnización está vinculada al monto del daño, mientras que las astreintes –como veremos– se fijan en atención a otras consideraciones; iii) la indemnización sustituye la prestación incumplida, mientras que las astreintes tienden a que dicha prestación se cumpla<sup>21</sup>.

Ahora bien, quisiera cuestionar algunos postulados: en primer término, la supuesta ausencia de rasgos sancionatorios; y en segundo lugar, la ausencia de rasgos reparatorios. Este último resulta particularmente relevante puesto que una interpretación que sostenga que las astreintes “reparen” tendrá consecuencias normativas y prácticas en la discusión –que más adelante veremos– sobre el beneficiario de la suma de las astreintes.

Con relación al primer punto, Kemelmajer ha destacado que las astreintes sí poseen una naturaleza sancionatoria. En efecto, para la autora recién mencionada, es necesario distinguir dos etapas: en la primera, que nace con la decisión judicial que impone la condena por la cual se hace saber al demandado cuál se-

---

17 Balbín, C. (dir.) (2010): *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y anotado*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 85.

18 Peyrano, J. (1989): “Medidas conminatorias”, LL, 1989-E-1042.

19 Borda, G.: Op. cit., p. 45.

20 Ferreirós, E.: Op. cit., p. 41

21 Borda, G.: Op. cit., p. 45.

rá “el precio” de su resistencia, la astreinte es eminentemente conminatoria. Pero en la segunda, al momento en que se produce la conducta procesal, la astreinte deja de ser una mera amenaza para convertirse en una sanción efectiva, traducida en la directa aplicación de lo que hasta ese momento constituyó sólo una amenaza<sup>22</sup>. De allí su naturaleza sancionatoria.

Tampoco es clara la ausencia de una naturaleza reparatoria. Es decir, del hecho de que no puedan ser equiparados a una indemnización por daños, no se deduce que las astreintes no impliquen, en algún punto, una reparación.

En primer término, y como veremos con mayor profundidad luego, no es menor que la propia legislación reconozca que el beneficiario de la suma de las astreintes sea el perjudicado por la mora judicial.

Además, parece plausible sostener que el incumplimiento de una sentencia judicial produce una afectación en la contraparte. Quiero decir, aun cuando el desoír una orden judicial afecte el sistema en sí mismo e implique un avasallamiento a la jurisdicción, no es menos cierto que sus efectos disvaliosos pueden extenderse al campo de los derechos y/o los intereses de la contraparte. Por lo cual no es descabellado pensar que si el legislador identificó al beneficiario con el sujeto activo de las astreintes, habría reconocido, con ello, una función resarcitoria en éstas.

Y los casos colectivos no son, justamente, la excepción a ello. Vale recordar que este tipo de casos suelen conllevar violaciones estructurales de derechos fundamentales, lo que implica que las consecuencias de la desobediencia de una orden judicial sean, en algún punto, diferentes al incumplimiento de una sentencia en el marco de un caso individual. Pensemos, por ejemplo, en una sentencia que ordene la reparación de un hospital público. Las consecuencias de su desobediencia no sólo afectan la función jurisdiccional, sino que tendrían una expansión que alcanzaría a un grupo numeroso de personas, afectándoles gravemente sus derechos más fundamentales. Tal vez esto sea una buena razón para matizar la –supuestamente casi absoluta– ausencia del carácter compensatorio en las astreintes.

Es decir, es posible intentar ampliar el fundamento de las astreintes: el punto no es sólo el respeto a la decisión judicial –algo de por sí extremadamente relevante y defendible–, sino la reparación que ocasiona en un sujeto el incumpli-

22 Kemelmajer de Carlucci, A. (1998): comentario al artículo 666 bis, en Bueres, A., Highton, E. (coord.): *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. II, Buenos Aires, Hammurabi, p. 583. En igual sentido, Mosset Iturraspe, J. (1978): *Medios compulsivos en derecho privado*, Buenos Aires, Ediar, pp. 45 y 53. Asimismo, esta tesis fue expresada en numerosos precedentes jurisprudenciales, conf. Kemelmajer de Carlucci, A.: Op. cit.

miento de una manda judicial. Si esto es así, la concepción que estamos defendiendo tendrá –como veremos en el siguiente apartado– varias consecuencias normativas al momento de acercarnos a ciertas problemáticas en particular de las astreintes, tales como el monto, el concepto de beneficiario, etcétera.

#### **4. DISCUSIONES EN TORNO A LAS ASTREINTES**

##### **4.1. ¿SOBRÉ QUÉ GRADUAR EL IMPORTE? ¿DE QUÉ FORMA REALIZARLO?**

Parece que no quedan demasiadas dudas con relación a que la fijación del monto de las astreintes debe tomar en consideración el caudal económico del resistente. Ahora bien, los interrogantes en este punto pasan a ser, principalmente, dos: ¿deben darse razones que demuestren la proporcionalidad del monto?; y ¿el monto de las astreintes sólo debe fijarse teniendo en miras el caudal económico del sujeto deudor, o también puede vincularse a otras cuestiones –tales como el valor del interés en juego en el pleito, la magnitud del incumplimiento, etc.–?

Con carácter previo, hay que agregar que existe cierto consenso jurisprudencial y doctrinario en reconocer que el criterio de graduación debe tener en miras, siempre, la posibilidad real de quebrar la resistencia del obligado incumplidor de la manda judicial. Es en este principio rector en el que se funda la discrecionalidad del juez al disponer el *quantum* de la condena. Así, se ha dicho que “las astreintes suponen una sentencia condenatoria que impone un mandato que el deudor no satisface y procuran vencer la resistencia del renuente mediante una presión que lo mueva a cumplir. De allí que los jueces han de graduarlas con la intensidad necesaria para doblegar la porfía del obligado”<sup>23</sup>. Recordemos, también, que “la astreinte es un ejemplo paradigmático entre los medios compulsivos procesales; su finalidad es consagrar el valor *eficacia* dentro del proceso”<sup>24</sup>.

Con relación a la primera cuestión, Borda ha dicho que el hecho de que “el juez deba tener en cuenta el patrimonio del deudor, no significa que sea necesario probar su monto; la fijación de las astreintes queda librada al prudente arbitrio del juez que obra discrecionalmente, apoyado en las constancias del expediente y tomando en cuenta, ya sea datos concretos sobre el monto, ya sea presunciones que indiquen el *standard* de vida del deudor. Todo ello sin perjuicio de que el juez pueda ordenar (de oficio o a pedido de parte) algunas

---

23 CNAT, sala X, 7/2/2005, SAIJ, sum. E0012536.

24 Kemelmojer de Carlucci, A.: Op. cit., p. 580.

pruebas para formarse un criterio más fundado<sup>25</sup>. Igual criterio ha reconocido Kemelmajer<sup>26</sup>.

Con relación a la segunda cuestión, Borda destacó que “resulta difícil pensar que el juez prescinda absolutamente de tener en cuenta la entidad material y moral de la prestación que se incumple. Sería inadmisibles, por ejemplo, que el juez imponga unas astreintes diarias de idéntico valor al que tiene la cosa que debe restituirse<sup>27</sup>. En esta línea también lo ha explicado Bueres, para quien en principio sólo debe tenerse en miras el caudal económico de quien debe satisfacerlas, y sólo excepcionalmente debe mirarse, por ejemplo, la magnitud del incumplimiento<sup>28</sup>.

Así, para la mayoría de la doctrina, el principal dato objetivo a tener en miras al momento de fijar el monto de las astreintes es el caudal económico del deudor, y luego, sí, tener en miras algunas otras consideraciones como el valor del interés que está inmerso en el pleito y la magnitud y/o gravedad del incumplimiento. Pero parecería que estas otras variables tienen menor relevancia que la reconocida por la propia letra de la norma: el caudal económico del deudor.

Para otros doctrinarios, todas estas variables entran en ponderación con igual jerarquía al momento de determinar el *quantum* de las astreintes. Así, Arazi reconoce que “en la graduación de su *quantum* debe considerarse el caudal económico de aquél —pues sólo una presión económica a su medida puede ser eficaz—” y agrega que también debe tenerse en cuenta la conducta del obligado, el tiempo transcurrido desde que se hizo exigible la obligación y la naturaleza de ésta<sup>29</sup>. Trigo Represas, en igual línea, sostuvo que “el juez no tiene por qué atenerse al valor del derecho incumplido, sino que debe guiarse por el total del caudal económico del obligado<sup>30</sup>.

Con relación a la jurisprudencia a lo largo del país, uno de los criterios que imperan se encuentra en línea con el estándar interpretativo de Borda. En efecto, se tiene en miras que el principal dato a tener en cuenta es el caudal económico del sujeto deudor, pero también puede extenderse este análisis a otras variables.

---

25 Borda, G.: Op. cit., p. 53.

26 Highton, E. (2008): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 187.

27 Borda, G.: Op. cit., p. 54.

28 Kemelmajer de Carlucci, A.: Op. cit., p. 583.

29 Fenochietto, C., Arazi, R.: Op. cit., p. 160.

30 Trigo Represas, F., Compagnucci de Caso, R. (dir.) (2007): *Código Civil comentado*; t. II, “Obligaciones”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 53.

Así, se ha dicho que “si las astreintes son a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento –además de ponderarse el caudal económico del destinatario de las sanciones, como prevé la norma citada–, debe existir alguna relación entre el monto del perjuicio y el monto total de las sanciones conminatorias, pues si éste supera a aquél se ingresaría en la hipótesis de enriquecimiento sin causa”<sup>31</sup>.

Pero no menos cierta es la existencia de algunos precedentes que limitaron la fijación del *quantum* de las astreintes a la capacidad económica del deudor. Así, se ha sostenido que “su monto [de las astreintes] no se fija en la medida del daño sino en función de la fortuna o capacidad económica del deudor”<sup>32</sup>. Y que “el juez, conforme su criterio y atendiendo a las circunstancias del caso, fija el monto de las sanciones, con la sola limitación que se adecuen en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas para presionar al deudor”<sup>33</sup>.

Pero aún más, se sostuvo que “las astreintes no se fijan teniendo en consideración el valor del interés en juego, sino que se gradúan en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas, pues se trata de presionar al deudor para que cumpla una decisión judicial, y sólo una presión de tal tipo puede ser eficaz”<sup>34</sup>. Lo que da a entender que si se tiene en miras que la función de las astreintes es conminar al cumplimiento de la manda judicial, su *quantum* debe estar vinculado sólo con el caudal económico del deudor. De lo contrario, siempre bajo este prisma, se confundiría las astreintes con algún tipo de reproche, en detrimento de lo previsto por la norma.

Si esto es así, parece relevante remarcar que en los casos colectivos en los que, como ya dijimos, los efectos del incumplimiento se expanden a un colectivo de sujetos –y, por ende, de derechos–, las sumas de las astreintes tienden a ser más altas –algo que, veremos más adelante, puede ser contraproducente–. Pero, sobre todo, esta suma no parece que pueda quedar equiparada al caudal económico del sujeto pasivo; pues en el caso de la Ciudad de Buenos Aires suele tratarse del Estado. Por lo que existen buenas razones para que entren en consideración elementos característicos de las violaciones a derechos de in-

---

31 CNCom., sala E, 30/3/2006, SAIJ, sum. N0013410; CNFed. Civ. y Com., sala III, 21/5/1987, “AGP c/Galicia y Río de la Plata Cía. de Seguros y otra s/conducta procesal”; CApel. Trab. Resistencia, 20/2/1989, “Escobar, Juan Luis c/ Lorenzo SAICA s/indemnización por despido”.

32 CNCiv., sala M, 13/3/1991, “Caputo c/Construcciones Jufre s/ordinario”.

33 CApel. Trab. Resistencia, 19/3/1993, “Bernachea, Hugo Rubén c/Krawiec, Francisco Antonio y sucesores de Julio Krawiec s/incidente de fijación y liquidación en autos: 45/89”.

34 CNCom., sala B, 30/9/1987, “Pereyra, Marcelo c/Vitta, Juan s/sumario”.

cidencia colectiva: gravedad del incumplimiento, grado de éste, nivel de afectación, etcétera.

#### 4.2. SUBSIDIARIEDAD: ¿LAS ASTREINTES SÓLO PROCEDEN CUANDO NO HAY OTROS MEDIOS DISPONIBLES?

En virtud del origen pretoriano de este instrumento, regía en sus orígenes una tesis restrictiva con relación a la imposición de astreintes. Y de allí algunos deducían que su aplicación debía ser siempre subsidiaria; es decir, sólo cuando otros mecanismos de coacción hubieran fallado<sup>35</sup>. De esta forma, una parte de la doctrina, acompañada por ciertas decisiones jurisprudenciales, ha sostenido la idea de que la aplicación de astreintes sólo resulta procedente cuando otros medios de compulsión han fracasado<sup>36</sup>.

Así, por ejemplo, se ha dicho que “la ley prevé diversas medidas de ejecución para asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, la imposición de sanciones conminatorias sólo procede cuando se ha intentado la aplicación de dichas medidas y éstas no han dado resultado, o sea posible prever, con fundamento, la inoperancia de tales medidas, o éstas resulten insuficientes por la índole de la prestación de que se trata”<sup>37</sup>. También se sostuvo que “sólo corresponde aplicar astreintes, una vez que el comprador ha agotado todos los recursos normales a su alcance para lograr el cumplimiento de la sentencia”<sup>38</sup>.

En una tesitura intermedia Borda explica que, toda vez que las astreintes son una facultad discrecional del juez interviniente, “si el acreedor puede satisfacer su crédito por otros medios más directos (por ejemplo la ejecución de un bien embargado), no corresponde, en principio, la fijación de astreintes. Decimos en principio, pues las modalidades del incumplimiento y las dificultades

35 En esta línea se inscriben diferentes doctrinarios. Así, para Kielmanovich “no sólo debe existir inexecución de las resoluciones judiciales dictadas en el juicio y que imponen el cumplimiento de un deber jurídico sino también fracaso, inoperancia o insuficiencia de los medios normales de coacción previstos por la ley para hacer efectivo ese mandato judicial” (Kielmanovich, J. (2005): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, p. 256). En igual sentido puede verse Arazi, R.: Op. cit.; Trigo Represas, F.: Op. cit., p. 56.

36 Entre los precedentes jurisprudenciales pueden verse CNCiv., sala C, ED, t. 1, p. 490; “Alderete c/Cotillo”, JA, 1986-I-59; “Balbo c/Tagliaferro”, LL, 1977-A-83; “Barrientos c/CMV”, LL, 1990-B-372; “Palmentieri c/Giulio”, ED, 111-683, entre muchos otros.

37 Palacio, L. (1987): *Derecho procesal civil*, t. II, “Sujetos del proceso”, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 246. En igual sentido puede verse Trigo Represas, F.: Op. cit., p. 53.

38 Moisset de Espanés, A. (1983): “Sanciones conminatorias o astreintes”, LL, 1983-D-128.

para ejecutar al deudor suelen ser múltiples y en más de una ocasión será aconsejable recurrir a las astreintes<sup>39</sup>.

En la posición contraria, están aquellos que descartan expresamente el carácter subsidiario de las astreintes. En tal sentido se ha sostenido que “no hay razón para supeditar la aplicación de las astreintes al fracaso o esterilidad de otras medidas encaminadas al cumplimiento del deber cumplido por el obligado”<sup>40</sup>.

Además, diversos pronunciamientos jurisprudenciales han expresado la necesidad de atemperar la supuesta subsidiariedad de las astreintes ante el incumplimiento de una orden judicial. Así, se expresó que, “vencido el plazo indicado en la sentencia para el cumplimiento de una obligación, si ésta no se ha hecho efectiva, tal deber jurídico puede ser asegurado en su ejecución por una astreinte y mientras la ejecución *in natura* pueda lograrse no hay distinción que hacer en función de la índole del deber jurídico de que se trate –patrimonial o extrapatrimonial–, ni razón para supeditar la aplicación de las sanciones conminatorias al previo fracaso de otras medidas de compulsión”<sup>41</sup>.

Según entiendo, a partir del mencionado art. 666 bis y el 30 del CCAyT, el criterio restrictivo ha perdido su razón de ser. En primer lugar, porque el legislador ha puesto en cabeza del juez y su “prudente arbitrio” la posibilidad de ejercer la medida, sin aclarar el supuesto carácter subsidiario. En rigor, la letra de la norma guarda silencio al respecto, por lo que parece arbitrario asignarles el carácter de subsidiarias a las astreintes, cuando el legislador nada dijo al respecto.

En segundo lugar, no se termina de sostener la noción de la subsidiariedad; pues en efecto, ésta sólo tenía un –posible– fundamento en la ausencia legal del instituto, pero con su regulación y atendiendo a la gravedad institucional que implica el desoimiento de una orden judicial, las astreintes aparecen como un recurso justificado ante la sola producción del antecedente.

Pero, además, no hay que confundir la subsidiariedad con la excepcionalidad de aquéllas. Mientras que este último rasgo se refiere al carácter restrictivo de su procedencia y el resguardo que debe tenerse al momento de ordenarse, esto nada nos dice acerca de la subsidiariedad del instituto en cuestión.

Finalmente, no debe perderse de vista que lo que se encuentra detrás de esta facultad es el valor *eficacia* de la manda judicial. De allí que, conforme a las circunstancias del caso o la índole de la prestación incumplida, el juez cuenta

---

39 Borda, G.: Op. cit., pp. 48-49.

40 Fenochietto, C., Arazi, R.: Op. cit., p. 158. Ver también en igual línea Mosset Iturraspe, J.: Op. cit., p. 690; Compagnucci de Caso, R.: Op. cit., p. 577.

41 CNCiv., sala H, 28/8/2003, DJ, 2003-3-1047. El resaltado me pertenece.

con las astreintes como un elemento más que forma parte del bagaje de instrumentos para reinstaurar su facultad jurisdiccional, por lo que el supuesto carácter subsidiario no podría ser nunca un valladar insalvable para ello.

Vale la pena remarcar algunas consideraciones cuando de casos colectivos se trata. En efecto, el rechazo al carácter subsidiario de las astreintes no debe verse modificado por el hecho de que nos encontremos ante un proceso colectivo. Al contrario de ello, existen buenas razones para seguir sosteniendo que deben ser aplicadas sin el previo fracaso de otros mecanismos. En efecto, en ciertos casos –y analizando la totalidad de las variables– pueden existir razones meramente estratégicas que aconsejen articular la aplicación de astreintes junto con otros mecanismos –tales como la negociación, una audiencia, etcétera.

#### 4.3. DEFINICIÓN DEL SUJETO ACTIVO –BENEFICIARIO– DE LAS ASTREINTES

Sin perjuicio de que el art. 666 bis dispone que la imposición de las astreintes será “en beneficio del titular del derecho”, es interesante remarcar que existen ciertas dudas con relación al alcance y el contenido del término “beneficiario” de las astreintes. De allí que aparezca como relevante la pregunta acerca de si las astreintes impuestas contra el Estado pueden tener un destinatario –beneficiario– diferente al sujeto activo del caso. Así, ¿sería posible que las astreintes se impongan a favor de, por ejemplo, una escuela o un hospital que no necesariamente están vinculados con el pleito?

Por el caso, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil se dispuso que “el producido de las condenaciones conminatorias será destinado a fines de bien público”<sup>42</sup>. Aún más, Kemelmajer de Carlucci sostuvo que “la imposición irremediable 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”<sup>43</sup>.

Es decir, nótese que aun cuando la norma –nacional– pareciese clara, existen fuertes resistencias a entender que sólo el sujeto activo puede resultar beneficiario de la imposición de las astreintes.

En lo que respecta al ordenamiento local, el Código parece bastante claro cuando dispone que el importe de las astreintes “es a favor del/la titular del de-

42 Pérez Giménez, P.: Op. cit.

43 Kemelmajer de Carlucci, A.: Op. cit., p. 584.

recho afectado por el incumplimiento". Es decir, el artículo establece que el beneficiario de las astreintes es el titular del derecho afectado por el incumplimiento. Pero de allí no es posible derivar que éstas siempre tendrán un destino individual. En efecto, en los casos colectivos, la noción de parte debe reconfigurarse en razón de que aun aquellas personas no se han presentado formalmente en el expediente son parte y, por tanto, destinatarios del monto de las astreintes.

Sin perjuicio de reconocer que en ciertos procesos colectivos sí es posible realizar una liquidación proporcional entre los afectados, ¿qué sucede cuando ello resultare imposible? Y esto no sólo por la cantidad de presentaciones y pequeños pagos que habría que efectuarse, sino también por la dificultad de establecer cuánto dinero corresponde a cada persona que se presente a reclamar, particularmente en casos en que la cantidad de afectados es indeterminada o difícilmente determinable.

Por su caso, aparecen dos grandes cuestionamientos a la imposición de astreintes en casos colectivos: una –supuesta– imposibilidad de advertir la configuración del grupo afectado –y por tanto beneficiario de las astreintes–; y, además –y vinculado con ello– la noción de parte que resultaría problemática a estos fines<sup>44</sup>.

44 En el precedente "Halfon" ("Halfon, Samuel c/GCBA y otros s/amparo por mora administrativa", Expte. EXP 28975/0), el Dr. Balbín sostuvo que "por un lado, no resulta factible –por una imposibilidad de orden material– que las sumas devengadas en concepto de astreintes sean efectivamente asignadas a todos y cada uno de sus beneficiarios. Por otro lado, la titularidad del derecho comprende a sujetos que no revisten formalmente el carácter de parte. Por ello no es posible aplicar a este tipo de procesos el mandato establecido en el art. 30, CCAyT, con respecto al destino de las astreintes". Con este panorama, la solución que aporta Balbín es recurrir por vía de la analogía a la solución prevista en el artículo 28.3 CCAyT, destinando el importe de las multas al Consejo de la Magistratura de la Ciudad, puesto que "regula un instituto 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 colectivo del objeto procesal de esta acción". En apoyo de esta solución, podría decirse que 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). Vale aclarar que existen ciertas –y atendibles– dudas acerca de la legitimidad de la potestad sancionatoria de los magistrados cuando el sancionado es el abogado y no la parte; puesto que para algunos, esto sólo es competencia de entidades como los colegios públicos de abogados. En este sentido, lo dicho previamente no importa tomar una posición al respecto, dejando en claro que este problema existe en nuestra comunidad jurídica. Adicionalmente, 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 temeraria 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. Sin perjuicio de ello, el propio Magistrado concluye que dicha atribución no puede ser discrecional sino que las astreintes "deben ser destinadas a un fin público que guarde concreta relación con el objeto colectivo planteado al deducir la pretensión y debatido durante la tramitación del proceso judicial". Ello resulta coincidente con el destino de los fondos al titular del derecho, en virtud de que, dado que se trata de acciones colectivas, el titular es el grupo identificado –determinado o no–, por lo que el destino de los fondos no puede apartarse de dicho objeto. En consecuencia, la diferencia relevante parece ser la necesidad de intervención del Consejo de la Magistratura, que consideramos injustificada.

En primer lugar, la imposibilidad de identificar el grupo afectado, y por tanto beneficiario, debe ser matizada, puesto que cuando las partes presentan una acción de este tipo, existe una previa delimitación del grupo afectado de modo expreso. Pero además, aun cuando ello fuera imposible, no parece que de ahí pueda derivarse, lógicamente, la conclusión de que no deben aplicarse astreintes. En rigor, es posible aplicarlas, sin necesidad de identificar al grupo actor. Finalmente, una teoría interpretativa que intente reconstruir un instituto como las astreintes a la mejor luz debe dar cuenta de su funcionalidad, es decir, de su utilidad en nuestra práctica local. Por lo que parece una teoría deficiente aquella que, al momento de interpretar una –supuesta– tensión de este instituto, lo reconstruye de tal modo que el resultado es dejar sin un instrumento de ejecución a las sentencias judiciales en los casos colectivos.

Tampoco pueden prosperar las dificultades vinculadas con la noción de parte. En primer término, no creemos que “la titularidad del derecho comprende a sujetos que no revisten formalmente el carácter de parte”, puesto que, como lo dijimos, la noción de parte debe incluir a todos los sujetos del colectivo, sin perjuicio de si éstos se han presentado o no al expediente judicial en cuestión. En segundo lugar, y sin perjuicio de lo que ya dijimos acerca de los rasgos compensatorios de las astreintes, parece discutible que el producido por éstas deba ser destinado al Consejo de la Magistratura. Si, conforme lo dijimos, las astreintes tienen ciertos rasgos reparatorios, entonces, en principio, hay buenas razones para sostener que la suma de ellas debería trasladarse a los sujetos activos del proceso. Pero además, destinar las astreintes a quienes sufren el incumplimiento de una sentencia puede implicar un fuerte incentivo para la presentación y el litigio de casos colectivos en los que esté involucrado el interés público<sup>45</sup>.

En definitiva, en aquellos casos en los que es posible identificar a los afectados, deberían establecerse mecanismos claros y transparentes de liquidación de las astreintes a cada uno de ellos. Cuando ello no fuere posible, podrían utilizarse figuras como el fideicomiso, mediante las cuales puede darse a la masa constitutiva del fondo fiduciario integrado por el resultante de las astreintes el destino que el juez considere apropiado de acuerdo con las circunstancias del caso<sup>46</sup>.

Finalmente, un buen ejemplo de aplicación del monto de las astreintes en un caso colectivo es el precedente “Iglesias” en el que se judicializó la situación edilicia de numerosos establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires. Allí, en varias oportunidades en las que se impusieron astreintes ante el in-

---

45 Maurino, G., Nino, E. (y otro) (2005): *Las acciones colectivas*, Buenos Aires, LexisNexis, p. 317.

46 *Ibidem*, p. 322.

cumplimiento de mandas judiciales, el juez las destinó a las escuelas que formaban parte del objeto de la acción.

#### 4.4. LA NOTIFICACIÓN: EL DEBER DE NOTIFICAR Y EL MODO DE HACERLO

El artículo en comentario reconoce, en su último párrafo, que “cuando el incumplimiento sea imputable a una autoridad administrativa, el tribunal puede disponer que las sanciones se hagan efectivas en la persona del funcionario responsable de máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en incumplimiento. En tal caso, ejecutado que sea y sólo para el caso de comprobada imposibilidad de pago, pueden satisfacerse a través del sujeto de derecho estatal”.

Esta incorporación introduce una innovación con relación a la norma nacional, intentando responder a una discusión doctrinaria. En efecto, cuando se dudaba de las virtudes de la aplicación de astreintes a los funcionarios públicos, el principal fundamento para ello era que se debían solventar con el erario público. De lo que se seguía que la negligencia de los funcionarios perjudica, en definitiva, a la comunidad en su conjunto. Además de que ello intensificaba una posible ineficacia de las astreintes: no hay un responsable claro<sup>47</sup>.

Con la prescripción del Código local, al imponer las astreintes en cabeza del funcionario responsable del organismo incumplidor, se logra evadir esta dificultad. Pero, además, parece ser más consistente con el carácter conminatorio de las astreintes: vencer la resistencia del incumplidor y, así, lograr la efectivización de la decisión judicial. Así lo reconoció Gordillo cuando sostuvo que “las más modestas multas sobre los sueldos personales de los funcionarios sirven eficazmente para hacerlos respetar la decisión judicial que les impone cumplir el derecho que han transgredido pretender privar a los jueces de esta facultad, insita a la fortaleza y *executio* que debe tener la función jurisdiccional”<sup>48</sup>.

Aquí vale la pena remarcar una potencialidad de las astreintes: su carácter conminatorio. Es decir, en ciertos casos, la simple amenaza de afectar el patrimonio personal de un funcionario puede funcionar como un incentivo suficiente para obligar a éste a dialogar con los demandantes. Y esto no sólo por la consecuencia financiera, sino también porque las astreintes, en ciertos casos, pro-

---

47 Lorenzetti, R. (2010): Justicia colectiva, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 188.

48 Gordillo, A. (1959): “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado”, en *Lecciones y Ensayos*, nº 14, Buenos Aires, p. 159.

ducen un efecto de publicidad del caso y, por tanto, de mayor visibilidad de la actuación del/la funcionario/a público/a involucrado/a.

Pero además, hay que subrayar que la reticencia en el cumplimiento de una orden judicial, que genera sanción, es una omisión ilegítima del funcionario –y por lo tanto del Estado– que genera responsabilidad. Por ello, en tanto la aplicación lineal de la teoría del órgano impediría responsabilizar directamente al funcionario, es posible sostener que, tal vez, se trate éste de un supuesto en el que se justifique el corrimiento del velo de la ficción jurídica que desemboca en un resultado no pretendido<sup>49</sup>.

Véase, por ejemplo, que algunos casos dan cuenta de la importancia del uso de este tipo de instrumento que se impone a los funcionarios involucrados. Sólo a modo de mención, tal vez por todos conocidos, pueden verse los casos “Viceconte” y “Mendoza”<sup>50</sup>.

En este último, el juzgado a cargo de la ejecución, ante los probados incumplimientos de ciertas órdenes judiciales, dispuso una multa de aplicación inmediata por la suma de \$1.000 por cada día de incumplimiento sobre el presidente de ACUMAR –Horacio Bibiloni– hasta tanto se diera inmediato y eficaz cumplimiento. Agregó asimismo que, en caso de dejarse sin efecto la sanción impuesta en dicha resolución y constatarse nuevamente el incumplimiento de lo ordenado, se aplicaría de forma automática una nueva sanción de multa de \$2.000 por cada día de incumplimiento, que se incrementaría en forma progresiva en caso de continuar la reticencia de los responsables.

Finalmente, y con relación al modo de notificar la imposición de astreintes, repetida jurisprudencia de este fuero ha señalado que “Tratándose aquí de una sanción que constituye una afectación pecuniaria contra la persona física a cargo del órgano responsable y no de éste con abstracción de la personalidad que se encuentra a la cabeza, el requisito de notificación personal debe ser observado rigurosamente, para así preservar el derecho de defensa del sancionado. Bajo esta consideración, la sanción derivada del incumplimiento de la manda judicial de autos, no puede ser dirigida contra quien no fue oportunamente

---

49 Bianchi, A. (1996): “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, LL, 1996-A-922.

50 CNACAF, sala IV, 12/6/1998, “Viceconte, Mariela C. c/Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, 1998-F-102; y Fallos 329:2316, 329:3445, 329:3528; M.1569.XL, ORI, 6/2/2007, 20/3/2002, 12/6/2007 y 22/8/2007. Véase Drukaroff Aguiar, A. (2009): “La imperatividad de las sentencias y la responsabilidad personal de los funcionarios públicos”, LL, 2009-F-411 y “El fallo de la Corte en Mendoza y la responsabilidad civil de los funcionarios públicos”, LL, 23/7/2008.

notificado"<sup>51</sup>. Es decir, la notificación debe ser personal a los fines de evitar futuras posibles nulidades.

Por ejemplo, en el caso "Asesoría Tutelar c/GCBA"<sup>52</sup>, la Sala I entendió que "la imposición de astreintes requiere como presupuesto la notificación previa del apercibimiento de aplicarlas a los sujetos que en definitiva resultarán responsables. Ello, a fin de resguardar debidamente el derecho de defensa –cuya protección debe ser especialmente rigurosa en materia sancionatoria– de forma tal de garantizar la oportunidad de que el obligado cuestione su procedencia, así como también adopte las medidas tendientes al cumplimiento del mandato judicial. De acuerdo a lo establecido por los arts. 119, Inc. 5; y 120, Inc. 1, CCAyT, el *apercibimiento en cuestión debe ser notificado personalmente o por cédula dirigida a nombre de las personas obligadas*. Ahora bien, en el caso –tal como acertadamente lo puso de relieve el Ministerio Público Tutelar ante esta Cámara– la medida impugnada no fue precedida de un apercibimiento; habiéndose incumplido el requisito de la notificación personal; recaudos cuyo incumplimiento resulta suficiente para admitir la apelación en examen"<sup>53</sup>.

#### **4.5. LOS ALCANCES DEL CAMPO DE APLICACIÓN DE LAS ASTREINTES: ¿SOBRE QUÉ TIPO DE RESOLUCIÓN DEBE CAER EL INCUMPLIMIENTO?**

Existe cierta discusión doctrinaria con relación a si la imposición de las astreintes sólo resulta procedente cuando lo que se encuentra incumplido es una sentencia de fondo –o, por el caso, de una medida cautelar–, pero no cuando se trata de alguna otra decisión judicial. Lo que se discute, en este punto, es el alcance que se le debe otorgar a la noción de "mandato judicial" contenida en la letra de la norma.

Entiendo que el principio general que se encuentra detrás de la institución de las astreintes es que cualquier deber jurídico sobre el cual haya recaído una resolución judicial puede ir acompañado, a los efectos de su cumplimiento, por

---

51 CCAyT, Sala II, Expte. 16177-0, 22/3/2011, "Duré, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", entre muchos otros. En el fuero nacional, por ejemplo, se ha dicho que "la falta de comunicación al tribunal o a la parte, del cumplimiento del trámite condenado en tiempo oportuno, no puede originar la imposición de astreintes, toda vez que las mismas se imponen como modo de constreñir el cumplimiento de decisiones" (CApel. Civ., Com., Lab. y Min. Neuquén, 3/9/1985, "Ruiz, Eumelia Victoria c/Miniparque Ponci González s/ incumplimiento de contrato").

52 Exp. 12975/26. Ver también "R. B. c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/incidente ejecución de sentencia 30/9/2004 Exp. 3260-0".

53 Decisión del 15/10/2010. El resaltado me pertenece.

sanciones conminatorias<sup>54</sup>. Esto así, si se tiene en miras que toda decisión judicial, sin perjuicio del carácter de ésta, se encuentra fundada en la legitimidad que el ordenamiento constitucional otorga a la función jurisdiccional; y la violación de toda decisión judicial agravia a la contraparte.

En efecto, la propia redacción del artículo aquí comentado menciona que las astreintes serán tendientes a que las partes cumplan, sencillamente, "sus mandatos". Así, las astreintes podrán ser aplicadas no sólo cuando se incumpla una sentencia de fondo, o una medida cautelar, sino cualquier "mandato" emitido por el juez o tribunal interviniente. No parecen existir razones para delimitar esta noción a las sentencias definitivas o cautelares. En todo caso, existirán razones prudenciales, evaluadas por el propio juez, para utilizar este instrumento.

En esta misma línea, Palacio remarca que "en cuanto a la clase de resoluciones judiciales cuyo incumplimiento puede justificar la aplicación de sanciones conminatorias, en los términos del art. 37, entendemos que no sólo se encuentran comprendidas en la norma las sentencias definitivas, sino cualquier resolución que imponga el cumplimiento de un deber de dar, de hacer o de no hacer, aunque carezca de contenido patrimonial, y siempre que dicho cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad del obligado"<sup>55</sup>. Igual línea es la que mantiene Kemelmajer, para quien "estos mandatos pueden estar dispuestos en la sentencia que resuelve el fondo del asunto, pero también en otro tipo de decisiones, como son, por ejemplo, las que disponen medidas precautorias, cautelares, de sustanciación de pruebas, etc., pues la imposición de astreintes hoy se extiende a los actos de desarrollo del proceso"<sup>56</sup>.

## 5. PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE LAS ASTREINTES

Como dijimos en varias instancias del presente trabajo, existen ciertas distinciones que ameritan realizarse cuando se trata de la eficacia de las astreintes en el marco de casos colectivos. Así las cosas, es posible identificar que en el desarrollo de éstos aparecen bien claras ciertas deficiencias estructurales de las astreintes como mecanismo de coacción que tienda a lograr el cumplimiento de una sentencia judicial que involucra derechos de incidencia colectiva<sup>57</sup>.

---

54 Ver, por ejemplo, Belluscio, A. (dir.), Zannoni, E. (coord.) (1993): *Código Civil. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Astrea, t. III, p. 246.

55 Palacio, L.: Op. cit., p. 245.

56 Kemelmajer de Carlucci, A.: Op. cit., p. 588.

57 Aquí seguimos a Maurino, G., Nino, E. (y otro): Op. cit., pp. 319-320.

El primer punto a destacar es que en este tipo de casos se ponen en discusión intereses más “grandes” que aquellos que involucran sólo a dos personas: esto puede suceder ya sea por los montos económicos –cuestiones ambientales o de consumidores, por el caso– o bien por las responsabilidades involucradas –pensemos en el ya mencionado caso “Mendoza”–.

Esto puede implicar, en ciertas circunstancias, que los costos de cumplir con la sentencia sean demasiados altos –en términos económicos o hasta políticos, como vimos–; y que superen ampliamente, por ejemplo, la suma de las astreintes. Así, parece que este mecanismo resulta insuficiente para incentivar el cumplimiento de ciertas decisiones judiciales: quizá sea más “barato” pagar las astreintes que cumplir con la manda judicial.

Además hay que agregar el llamado “factor temporal”: mientras que cumplir con una sentencia puede conllevar invertir o dejar de percibir cierta cantidad de dinero, utilizar recursos de todo tipo, etc., en el presente; la suma que se origina como consecuencia de la imposición de astreintes debe pagarse en el futuro. A ello debe agregarse que, por las características ya vistas, las astreintes pueden ser, por ejemplo, modificadas o disminuidas sin vulnerar el derecho de los beneficiarios de aquéllas.

Es interesante remarcar que esto puede ser una buena razón para defender la noción que sostiene que las astreintes deben ser impuestas en cabeza del funcionario. Esto así, toda vez que con los movimientos –obvios– que existen en el corto y mediano plazo en la administración pública, si la multa cayese genéricamente sobre el erario público, el funcionario sancionado podría obviar el pago de astreintes hasta el momento en que renuncia o cesa en sus funciones, dejando la deuda –causada por su irresponsabilidad o negligencia– a cargo del erario público.

De hecho, en nuestro fuero, se presentó este problema en el precedente “Duré”<sup>58</sup>, donde se ordenó la aplicación de astreintes al entonces Procurador de la Ciudad –Dr. Pablo Tonelli– por el incumplimiento de una orden judicial que lo obligaba a evaluar la pertinencia de la incorporación del actor a la planta del GCBA, en virtud del cupo establecido por la ley 1502. Tonelli fue notificado de dicha resolución judicial y, al no presentar resistencia alguna, el tribunal juzgó que desistía de su derecho de defensa. Así, ante el efectivo incumplimiento se aplicaron las sanciones establecidas. Al cabo de dos años, el Tribunal exigió al procurador la efectivización de la suma adeudada por la sanción conminatoria.

---

58 “Duré, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 22/3/2011, Expte. 16177-0.

El problema que surge es que quien se encontraba en el puesto no era el mismo a quien se le había impuesto la multa, puesto que en el medio hubo un cambio en la persona que ejercía ese cargo; de allí que el actual procurador de la Ciudad se había notificado espontáneamente de la sanción establecida en oportunidad de presentar su escrito de apelación.

La Sala II, entonces, decidió admitir la apelación interpuesta por el actual procurador y estableció que la sanción por incumplimiento dispuesta por la instancia de grado carecía de aplicación respecto de él. Asimismo estableció que la multa personal notificada al anterior procurador del GCBA, Dr. Pablo Tonelli, fuera liquidable por el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2009 y el 10 de agosto de 2010.

Asimismo, existe otro aspecto problemático vinculado con el tiempo y las astreintes. En rigor, el tiempo que requiere su efectiva aplicación respecto del tiempo en que debería cumplirse la sentencia es sumamente amplio. Pensemos que, conforme lo vimos antes, nuestro ordenamiento procesal requiere que el juez interviniente primero dicte la sentencia en cuestión, que el deudor quede en mora y que se intime a éste a cumplir bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Luego debe fijar el monto de éstas y, finalmente, efectivizar el apercibimiento. Todos estos pasos, en el medio, pueden ser apelados, evitando que el apercibimiento se ejecute en el mismo momento en que se produce el incumplimiento de la decisión.

Además, algunos han dicho que la cuestión de que en los casos colectivos, por el tipo de incumplimiento y la naturaleza de los derechos involucrados, los montos sean altos puede generar un efecto contraproducente: pues si no existen demasiados incentivos a dar cumplimiento a la sentencia, las astreintes comienzan a acumularse, y así se conforma una masa de dinero sumamente elevada, resultando ineficiente la aplicación de las astreintes. Esto aun asumiendo que el juez tendrá incentivos y motivaciones para aplicarlas “a rajatabla”. En definitiva, “a mayor incumplimiento mayor serán las astreintes, hasta transformarse en una suma tan elevada que genere un incentivo fuerte para que el juez las morigere”<sup>59</sup>. Sin perjuicio de ello, también es cierto que existen buenas razones para pensar que la posibilidad de ejecutar astreintes altas sobre el patrimonio de un funcionario deudor cumple un importante efecto amenazador.

Asimismo, es necesario remarcar que varios magistrados y magistradas de este fuero han expresado algunas limitaciones propias de este instituto al mo-

---

59 Maurino, G., Nino, E. (y otro): Op. cit., p. 321.

mento de ejecutar sentencias de casos colectivos vinculados con derechos sociales.

Existe cierto consenso general en cuanto a las dudas acerca del genuino impacto que tiene este instrumento. En este sentido, parece haber cierto escepticismo: el efecto conminatorio de las astreintes no es tal y no existe una práctica establecida de funcionarios respetuosos de este mecanismo de coacción. Tampoco parece que esto sea resuelto con la expresa incorporación de la multa personal al funcionario –aunque esto sí dé algunas mejores chances de efectividad–<sup>60</sup>.

Otro problema que surgió es que existen ciertos obstáculos al momento de notificar al funcionario en su público despacho, puesto que muchos de éstos directamente se niegan a recibir una cédula, lo que –conforme vimos– es un requisito de validez para la sanción.

Finalmente, han manifestado –y en concordancia con lo que vimos previamente– que su cobro –cuando es posible efectivizarlo– lleva demasiado tiempo e insume demasiados recursos burocráticos. Si a esto se suman los escasos resultados logrados, en definitiva, en un análisis global de costos y beneficios, las astreintes aparecen como un recurso demasiado limitado.

## **6. (POSIBLES) CONDICIONES PARA EL ÉXITO DE LAS ASTREINTES**

Creo que es necesario remarcar aquí algo que, a estas alturas, tal vez sea una obviedad, y es que las sanciones conminatorias resultan un recurso insuficiente para lograr, *por sí solas*, que se cumplan las sentencias dictadas en el marco de acciones colectivas. Sin perjuicio de ello, también es posible remarcar que son un instrumento para nada despreciable dado que, bajo ciertas condiciones, pueden resultar eficaces.

---

60 En efecto, algunos jueces han marcado ciertas “dudas” acerca de la viabilidad y la constitucionalidad de la posibilidad de multar a los funcionarios personalmente por desoír las decisiones judiciales. Sin perjuicio de ello, se puede recordar el caso de “las boletas de luz”, en el que el juez interviniente ordenó al gobierno porteño el “diseño e implementación en un plazo de diez (10) días de un protocolo de actuación para responder en forma ágil y eficiente a las emergencias que se producen por la situación de riesgo eléctrico de la Villa 21/24; elaborar un plan de obras para disminuir el riesgo eléctrico en la villa 21/24 realizando las reparaciones urgentes que resultaran necesarias; diseñar e implementar una campaña de difusión a la población de la villa en cuestión informando acerca de los riesgos eléctricos a los que se encuentran expuestos y las precauciones que deben adoptar para su reducción”. El 19 de mayo se dio por incumplida la medida cautelar con lo cual se volvió a ordenar al jefe de gabinete porteño que comunicara el plan de obras, garantizara el funcionamiento de la atención telefónica de emergencias eléctricas y exhibiera los folletos explicativos sobre el peligro de la instalación eléctrica en la villa, entre otras cosas. Al no obtener respuesta, el magistrado optó por imponer astreintes que se aplicaron en la misma factura de luz del domicilio particular del funcionario, al multiplicar por 100 el monto que debía pagar por sus consumos. En caso de continuar el incumplimiento, el importe de la sanción se iría incrementando de cien en cien.

Advertir, aunque más no sea preliminarmente, cuáles podrían ser esas condiciones, es el punto que viene a continuación:

- Monto razonable: como ya lo dijimos, si bien el monto de las astreintes debe tener en miras el grado de incumplimiento, su gravedad y la expansión de sus efectos sobre los derechos involucrados, no es menos cierto que un importe excesivamente alto, combinado con factores temporales –antes vistos– puede desincentivar tanto su aplicación como, en definitiva, el éxito de la decisión judicial.
- Parece claro –y hay cierto consenso entre los/as jueces/zas del fuero– que las astreintes deben imponerse siempre en cabeza del funcionario responsable del área a los fines de surtir los efectos vistos previamente. Sobre todo cuando la propia norma así lo autoriza.
- Adecuación de las formas de notificación a las particularidades del instituto a los fines de evitar cualquier tipo de impugnación de nulidad.
- Utilización razonable: el punto aquí es evitar un abuso o una sobreutilización de las astreintes. Es posible argumentar y defender la idea de que los mecanismos de diálogo con la Administración suelen ser más efectivos que la aplicación de sanciones conminatorias. De allí que éstas, en ciertas circunstancias y por razones específicamente estratégicas, puedan ser utilizadas junto con otros mecanismos, tales como los deliberativos –p. ej., las mesas de trabajo, mesas de diálogo, audiencias, etc.–.
- Postura general del juez frente a la Administración: es una verdad de Perogrullo que tanto el proceso de conocimiento como el de ejecución se encuentran íntimamente vinculados, constituyendo el de ejecución la continuación y el cumplimiento del de conocimiento. En efecto, en el proceso ordinario, el juez primero conoce y después ejecuta, mientras que en el de ejecución, su función consiste simultáneamente en conocer y ejecutar. En resumen, el procedimiento de ejecución de sentencia no es un proceso autónomo. De allí que el modo en que se enfrente el juez con la Administración durante el proceso tendrá un impacto directo en el éxito de sus decisiones. Si adopta un modelo “dialoguista”, priorizando mecanismos de deliberación y de negociación entre las partes y principalmente con la Administración, hay buenas razones para pensar que tendrá más y mejores chances de éxito, aun en la imposición de sanciones conminatorias.

# NOTAS SOBRE MECANISMOS DELIBERATIVOS EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Parece poco discutible que la Constitución Nacional diseñada en el año 1853 se vio generosamente reforzada en términos sustantivos con la reforma efectuada en el año 1994<sup>2</sup>. Por otro lado, el lenguaje de la Constitución comenzó a expandirse en todos los compartimentos teóricos jurídicos: cuando se habla de derecho procesal –civil, penal, administrativo, etc.– enseguida aparecen las garantías contenidas en nuestro bloque de constitucionalidad federal; cuando se discute sobre el derecho privado emerge el art. 17 de la Constitución Nacional y los límites a la propiedad privada y los conflictos con el sistema financiero. El derecho en su totalidad aparece revestido del lenguaje constitucional.

La Ciudad de Buenos Aires, en su –novel– tradición constitucional, no se distancia de este fenómeno. En efecto, la Constitución local aparece como uno de los compromisos constitucionales más generosos en términos de reconocimiento de derechos y participación de la sociedad en la “vida pública” en lo que respecta a nuestra estructura federal.

---

1 Documento elaborado por Federico Orlando con la colaboración de Mariela Aisenstein, en el marco del proyecto conjunto entre la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: “Desafíos en la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad”. El proyecto se desarrolla bajo la coordinación de Luciana Bercovich, Romina Foerman y Gustavo Maurino, con la participación de Mariela Aisenstein, Dalile Antúnez, Damián Azrak, Mauro Chelillo, Federico Orlando, Martín Sigal y María de los Ángeles Trevisani Vespa. A su vez, este trabajo fue discutido en las Jornadas organizadas por la AGT y la ACIJ, recibiendo críticas y comentarios que, por su importancia, han sido receptados en este documento.

2 Una gran manifestación de ello es el robustecimiento del principio de igualdad y no discriminación puesto que, a partir de la incorporación de instrumentos internacionales, se asumieron nuevos compromisos en materia de igualdad de oportunidades, acciones afirmativas, deberes del Estado respecto a los efectos de la discriminación sobre ciertos grupos, etc. Asimismo, la incorporación con rango constitucional de nuevos actores tales como el Defensor del Pueblo de la Nación, el rol constitucional de las organizaciones de la sociedad civil, el ministerio público, son rasgos sustanciales de aquella expansión estructural e institucional.

Aún más, en los últimos años el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires –y particularmente el fuero Contencioso Administrativo y Tributario– se ha ido consolidando como un importante escenario del activismo legal de las organizaciones y los movimientos sociales en la comunidad. Así, los tribunales han aparecido como uno de los espacios institucionales por excelencia de la comunidad para llevar y presentar diversos planteos que no encontraban respuestas satisfactorias en las demás agencias estatales.

Esto, a su vez, genera una práctica continua y sostenida de que los reclamos sociales, políticos y económicos pasen a jugarse bajo el lenguaje constitucional. Así, ambos senderos, el de la democracia y el de la Constitución, parecen tener un punto de encuentro: los tribunales argentinos y los operadores jurídicos –abogados, jueces y académicos–.

Los reclamos que antes se realizaban en “clave política”, hoy aparecen matizados por nociones como “principios constitucionales”, “ponderación”, “razonabilidad”, “escrutinio judicial”, etc. Luego de la reforma de 1994, se hace cada vez más claro que no existe prácticamente interés humano –sea individual, grupal, colectivo, civil, político, social, cultural o económico– que no pueda anclarse jurídicamente o revestirse por el contenido de alguno de los derechos de jerarquía constitucional. De esta forma, los reclamos de inclusión de los más pobres, de las personas con discapacidades, las minorías étnicas o sexuales, los pueblos originarios, etc., comienzan a formularse no como una agenda meramente política, sino en el lenguaje del derecho.

Este fenómeno de expansión de la Constitución, de “constitucionalización” de la comunidad política, trajo aparejada una serie de consecuencias<sup>3</sup>, pues en la medida en que aquellos reclamos eran traducidos al lenguaje de los derechos, aparece como una necesidad imperiosa la capacidad de los operadores de generar respuestas plausibles a ellos<sup>4</sup>.

En definitiva, ante el deber institucional que poseen los operadores jurídicos, la dimensión constitucional de los conflictos sociales obligó a aquéllos a repensar normativamente el valor de la democracia y, con ella, el valor y el sentido de tener una Constitución y, de esta forma, encontrar novedosas formas de intervención judicial.

---

3 Guastini, R. (2003): “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, M.: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, Marcial Pons.

4 Ver Maurino, G. (2008): “Elementos de un nuevo paradigma de acceso a la Justicia”, en *La Corte y los derechos. 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 81-95.

Así, los casos originados en conflictos colectivos y demandas de igualdad de grupos discriminados que procuran el acceso a derechos sociales, culturales, civiles y políticos han cambiado gradualmente el trabajo de los jueces y juezas del fuero, obligando a revisar no sólo la interpretación de los derechos plasmados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de DDHH y el alcance de las obligaciones positivas de protección y garantía en cabeza de la Administración y las reglas procesales y los criterios jurisprudenciales sobre legitimación, sino también el repertorio de remedios procesales establecidos en nuestro ordenamiento para dar respuesta a ello.

En el marco de esta práctica, uno de los focos más problemáticos es la ejecución de sentencias de casos colectivos que involucran derechos sociales. En rigor, los diversos mecanismos “clásicos” de ejecución de sentencias han aparecido como –demasiado– limitados e insuficientes –por sí solos– a los fines de lograr la plena ejecución de las decisiones judiciales.

Es en este contexto y con estas preocupaciones donde aparecen ciertos caminos argumentativos que expresan las bondades de los mecanismos deliberativos en los procesos de ejecución de sentencias.

## **2. CUESTIONES TEÓRICAS PREVIAS**

### **2.1. CARACTERIZACIÓN DE LOS CASOS ESTRUCTURALES**

Como decíamos en la introducción, recientemente numerosos actores de nuestra comunidad local han comenzado a llevar adelante casos de “litigio estructural”, es decir, diversos reclamos judiciales ya sea en forma individual o colectiva que buscan la transformación estructural de ciertas instituciones del Estado a los fines de lograr la eficacia de determinados derechos y principios constitucionales<sup>5</sup>.

Estos casos –de reforma estructural– poseen algunas características particulares. En primer lugar, se encuentra afectado un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos. De allí que el objeto de dicho conflicto atraviesa la situación de numerosos actores que poseen distintos grados de representatividad del universo de los “afectados”.

---

5 Bergallo, P. (2005): “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina”; trabajo presentado en el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Río de Janeiro. Publicación del Seminario, Buenos Aires, Editorial del Puerto. Versión electrónica disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sela2005.htm>, p. 1. Ver también Puga, M. (2009): “La realización de derechos en casos estructurales: las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 10, Nº 1, pp. 171-210.

En segundo término, los casos involucran el funcionamiento organizacional e institucional de las agencias estatales y/o de la Administración Pública. En este sentido, la falla sistemática de la política pública cuestionada atraviesa diversas entidades estatales con diferentes grados de responsabilidad en el incumplimiento.

Y, por último, el objetivo del caso no es la reparación de un daño –al menos no lo es principalmente– sino la transformación de prácticas institucionales a través del diseño de soluciones *ad hoc*. De allí que la solución implica órdenes de ejecución compleja, “mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada y no solamente [a] los demandantes en el caso concreto”<sup>6</sup>.

Ante este panorama, la visión tradicional de la resolución de los casos judiciales implica que la tarea del juzgador se limita a responder a la cuestión de si, en una circunstancia específica, se han violado los derechos o se ha quebrantado el ordenamiento jurídico. De allí que la tarea judicial –siempre bajo este prisma– se limitaría a una declaración de la existencia –o ausencia– de una violación del derecho y los derechos. Y en este sentido, parece irrelevante el tipo de caso frente al cual se encuentre el juzgador, pues su función es, siempre, una sentencia que declara la existencia de una situación violatoria de derechos.

La limitación que surge bajo esta perspectiva es que parece subordinar o relegar otra importante función de los jueces: la fijación de remedios para la violación de la ley o de los derechos.

Y por otro lado, dada la complejidad de este tipo de procesos, se ha entendido que las sentencias en su formato “clásico” –órdenes de hacer o de no hacer– resultaban insuficientes por varias razones. En primer lugar, por no poder contar con toda la información necesaria para concretar una respuesta viable y plausible a la problemática involucrada. En segundo lugar –y aún más importante–, porque esas órdenes carecían de un peso institucional relevante que generaba que ellas quedasen en justamente eso, meras órdenes. De allí que comienza a aparecer la necesidad de generar otros modos de intervención judicial caracterizados por instancias de diálogo y negociación entre los actores y el/la juez/a interviniente.

---

6 Rodríguez Garavito, C., y Rodríguez Franco, D. (2010): Derecho y cambio social, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Bogotá, Colombia, p. 16.

## 2.2. CARACTERIZACIÓN Y VENTAJAS DE LOS MECANISMOS DELIBERATIVOS DE LAS SENTENCIAS: AUDIENCIAS, MESAS DE TRABAJO Y MESAS DE DIÁLOGO

Los mecanismos deliberativos que aquí presentamos –tales como las audiencias, las mesas de trabajo y las mesas de diálogo– presuponen un modelo de intervención judicial que posee ciertos rasgos característicos.

Pero veamos algunos conceptos preliminares. Tal vez sea posible hacer una doble clasificación de este tipo de mecanismos: por un lado si éstas son realizadas en el marco de la actividad del tribunal, o bien por fuera de éste. Y una segunda clasificación recae en si éstos son instrumentados con carácter previo o posterior al dictado de la sentencia.

Con relación a la primera clasificación, tanto las mesas de diálogo como las de trabajo se caracterizan por ser espacios donde las partes y los interesados en la resolución del caso construyen, mediante la discusión y la negociación, las decisiones que ella requerirá. Y, además deciden el modo en que se materializarán dichas decisiones. El rasgo distintivo de ambos tipos de mesas con relación a las audiencias es que funcionan por fuera del ámbito tribunalicio; por lo que el/la juez/a cumple un rol de “control externo” –p. ej., a través de la homologación de la decisión–.

En las audiencias, al contrario, las partes también dialogan y negocian en pos de la construcción de soluciones al conflicto estructural y van instando la ejecución de las decisiones concertadas; pero lo hacen dentro del propio tribunal. Allí el/la juez/a toma un rol activo en la configuración de la dinámica del diálogo.

Con relación a la segunda clasificación, este tipo de mecanismos pueden ser utilizados tanto antes como después del dictado de la sentencia. En el primer caso, estas instancias de diálogo sirven para construir la decisión del propio caso –que, incluso, puede llegar a suplantar el dictado de una sentencia en su sentido “clásico”–. En el segundo, sirven para ir delimitando y materializando una sentencia o decisión sobre el fondo ya tomada.

Cabe, en este sentido, advertir dos tipos de dinámicas que suelen aparecer cuando esta clase de instancias es utilizada en los casos colectivos. Un primer modo que puede observarse es cuando el mandato judicial impone en los demandados –la Administración– el diseño de la respuesta que debe darse al conflicto y les exige que “escuchen” a los interesados. El rasgo distintivo de este modelo es que la decisión final sobre cómo resolver la cuestión queda en cabeza de la Administración, quien, en el mejor de los casos, “escuchará” a los inte-

resados. Este modelo puede tener ciertos problemas, puesto que en el contexto de nuestra comunidad política, dejar en cabeza de la Administración la construcción de la solución final parece ser poco aconsejable<sup>7</sup>.

Un segundo modelo, que resulta particularmente atractivo, es aquel en que el tribunal insta al diálogo entre las partes, pero impone el deber de que tanto la construcción de la decisión, como el modo en que ésta se materialice deben ser una consecuencia de lo dialogado en igualdad de condiciones. Allí, la Administración no tiene sólo el deber de “escuchar” a los interesados, sino que éstos tienen la potestad de negociar, obligando a aquélla a ceder tanto en la construcción de la solución como en su ejecución<sup>8</sup>.

Ahora bien, entre los rasgos que caracterizan a todos estos modelos, se encuentra la negociación entre las partes y otros interesados en la resolución del conflicto. Negociación que, además, está basada en argumentos de buena fe dados por las partes con el objeto último de alcanzar un consenso que redunde en un beneficio para todos los involucrados.

En este punto, resulta menester realizar una importante aclaración. Con sus buenas razones, juristas como Owen Fiss<sup>9</sup> presentan importantes resistencias ante esta noción de “negociación”, pues su mayor temor es que estos espacios terminen *negociando* el contenido de los derechos. Así, se teme que “el resultado de esa negociación sea la medida de las mezquindades y debilidades de las partes, de su capacidad, posición y poder previo para negociar. Todo ello en detrimento de la justicia y la vigencia plena de los derechos”<sup>10</sup>.

Sin embargo, y a los fines de evitar posibles disputas verbales, quisiéramos entender “negociación” en un sentido diferente. Pues la idea que presentamos aquí no tiene en mente ese escenario, sino el de un diálogo con una agenda específica, dirigido a un acuerdo provisional acerca de cómo seguir dialogando para alcanzar más acuerdos, en un marco en el que el *statu quo* está deslegitimado por la juridización del conflicto. Por ello, siguiendo a Puga, “la palabra que en español para mí se acerca mejor a la semántica referida por los autores es ‘conversación’”<sup>11</sup>.

---

7 Ésta es una de las críticas más relevantes que se le han hecho al proceso deliberativo iniciado por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Verbitsky”.

8 Tal vez la experiencia más cercana a este modelo sea la llevada adelante en el caso “Villa Cartón”.

9 Fiss, O. (1998): “Contra el acuerdo extrajudicial”, en la *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 3, Nº 1. Originariamente se publicó bajo el título “Against Settlement”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 93, Nº 6 (May 1984), pp. 1073-1090.

10 Puga, M.: Op. cit., p. 32.

11 Puga, M.: Op. cit.

De allí que este tipo de conversaciones busquen establecer ejes de investigaciones conjuntas y colaborativas, teniendo como único acuerdo previo la ilegitimidad de la situación imperante –y causante del proceso judicial–. En este marco y bajo esta luz, la intervención del tribunal “debería instar la autorregulación en la toma de decisiones –un compromiso disciplinar– que en lugar de un control intervencionista externo –el judicial o político–, adquiera una estructura de control interno, reflexivo y sensible a los efectos exteriores de su disciplina regulativa”<sup>12</sup>.

En segundo lugar, se destaca la flexibilidad y la provisionalidad de las decisiones remediales que tienen por objeto final la resolución o la superación que se van presentando en el proceso de ejecución de sentencia. Aquí es importante destacar que el modelo que estamos proponiendo se aparta de otro modo de intervención caracterizado por el dictado de órdenes judiciales extremadamente detalladas que dejan poco margen de maniobra a los hacedores de políticas públicas y que, frecuentemente, no van acompañadas de mecanismos de seguimiento del cumplimiento de la decisión. Al contrario de ello, sostenemos la necesidad del dictado de órdenes y procedimientos “que abran espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos estructurales que involucren a todos los afectados y que, al mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados”<sup>13</sup>.

En tercer término, es remarcable la transparencia que suele caracterizar todo este proceso de diálogo y de construcción de las soluciones. En este sentido, las propuestas provisionales negociadas por las partes deben ser explícitas y públicas, e idealmente deben estar acompañadas por un acuerdo sobre las medidas y los procedimientos accesibles al público para evaluar su cumplimiento.

Además, se han marcado algunas ventajas de estos mecanismos que vale la pena recordar. En primer lugar, refuerza la noción de legitimidad del Poder Judicial en su rol de contralor de las decisiones vinculadas con políticas públicas. Recordemos que para el edificio doctrinario de la comunidad jurídica, numerosas áreas de “la política” quedaban exentas del control judicial. Sin embargo, este tipo de intervenciones judiciales presuponen un modelo deliberativo en el que “el demandante y los funcionarios de la Administración Pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia bajo el arbitraje del/la juez/a o sus funcionarios/as delegados. De esta

---

12 Puga, M.: Op. cit.

13 Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D.: Op. cit., p. 18.

forma, los jueces no tienen por qué tener la última palabra en el diseño de la figura remedial<sup>14</sup>.

Y además, y vinculado con esto, la transparencia a la que hacíamos referencia previamente podría redundar en mecanismos de control para los demandantes y otros representantes de los afectados involucrados en el proceso judicial; incluso, para los jueces mismos. Como se ha dicho, “se incorpora al ámbito del litigio judicial un componente clave de la legitimidad democrática de las otras ramas del gobierno que frecuentemente no existe en la acción de los jueces y los demandantes: el fenómeno de rendición de cuentas al público, o al menos, la potencialidad de tal rendición”<sup>15</sup>. Vale remarcar que, por ejemplo, la celebración de audiencias para resolver el conflicto permite, por un lado, generar mayores incentivos para producir información relevante<sup>16</sup>; pero además, en virtud de la proximidad e intermediación de este tipo de instancia, permiten visibilizar en cabeza del/la juez/a el conflicto y el grado de afectación de éste.

Otra ventaja aportada por este tipo de remedio judicial impacta en el argumento que se funda en una supuesta falta de capacidad institucional del Poder Judicial para aportar soluciones en este tipo de conflictos. Así, se han identificado algunos problemas propios del Poder Judicial, tales como problemas de información, poder de comunicación, incentivos y la dificultad para lograr apoyo político y público a las medidas propuestas.

Para revertir estos defectos, la negociación, provisionalidad y transparencia propuestas por estos mecanismos de intervención judicial aparecen como respuestas particularmente atractivas en nuestra comunidad. Primero, porque la Administración Pública genera muy poca información para el diseño de sus políticas públicas y a su vez los empleados del Poder Judicial y los jueces suelen carecer de las herramientas y la formación para procesar la información producida por agentes de la Administración. De allí que estos mecanismos deliberativos pueden ser una opción frente a la precariedad del marco institucional en el que se diseñan e implementan políticas públicas en la Administración.

Pero además, el hecho de que sea la misma Administración la que participa en el diseño de la respuesta al conflicto permite pensar que se podría obtener de ésta un mayor compromiso en el momento de ejecutar lo allí resuelto. Es decir, “un modelo remedial que involucra a los agentes de la Administración en la

---

14 Bergallo, P.: Op. cit.

15 Bergallo, P.: Op. cit.

16 El hecho de que un funcionario asista a una audiencia sin la información pertinente puede resultar algo demasiado costoso para éste.

etapa de diseño podría tener el potencial de elevar los niveles de cumplimiento por parte de los mismos de las órdenes generadas en el marco del litigio<sup>17</sup>. El punto aquí es relevante: en la medida en que la propia Administración forma parte de la construcción de la solución, ésta goza de un grado de legitimidad más alta para la propia Administración, lo que puede redundar en un compromiso de mayor intensidad con ella.

El razonamiento parece sencillo y plausible: en la medida en que la obligación "x" no es impuesta sino adoptada por el sujeto "a" –sobre la base de consideraciones de diferente tipo: análisis de costo/beneficio, deberes moral, legal, análisis de consecuencias, etc.–, hay buenas razones para pensar que ésta tendrá mayores incentivos para ser refrendada y cumplida. Además, mecanismos como las mesas de trabajo permiten generar una comunicación y una articulación entre las propias agencias de la Administración.

Por último, es necesario remarcar que diversas entrevistas con jueces y juezas de primera instancia del fuero han arrojado algunos elementos útiles acerca de las bondades y potencialidades que tienen estos mecanismos deliberativos –en particular, el desarrollo de las audiencias–. En primer término es necesario remarcar que en muchos casos este tipo de mecanismos se utiliza no sólo en el momento de ejecutar la decisión, sino en el de construir la decisión misma.

Segundo, se ha sostenido que las decisiones que emanan de estas instancias de diálogo y de negociación tienen mayores probabilidades de ser cumplidas porque existe un mayor compromiso con lo acordado. Esto así, toda vez que, como lo dijimos previamente, es la propia Administración –demandada– la que forma parte del proceso en que se construye la decisión y el modo de ejecutarla.

Tercero, las partes suelen auto-restringirse en estas instancias, lo que conlleva que terminen solicitando y argumentando de modo más "razonable". El punto aquí es que estas instancias de diálogo generan en los concurrentes un "comedimiento deliberativo", puesto que no es posible pedir "cualquier cosa" y, mucho menos, argumentar "cualquier cosa" para ello.

Cuarto, la mayor probabilidad de que las decisiones allí tomadas sean cumplidas tiene que ver, además, con que en dichas oportunidades las decisiones judiciales son más claras y, por lo demás, las partes pueden en el mismo momento pedir que se aclaren posibles puntos oscuros.

Quinto, muchas veces sucede que se acorta la distancia entre la pretensión de la parte demandante y la postura de la demandada. En este sentido, se ha dicho que estas instancias de diálogo y de negociación permiten correr este

17 Bergallo, P.: Op. cit.

“velo” y que las partes resuelvan la diferencia ahorrando instancias de discusión. Por supuesto, esto sólo puede entenderse en cierto tipo de conflictos, ya que en la mayoría parece que la distancia antes aludida es mucho mayor que la aquí planteada.

Por otro lado, se ha dicho que estas instancias tienen una ventaja comparativa en términos de tiempo con los modos de resolución “clásicos”: los conflictos pueden resolverse con mayor celeridad, evitando un estipendio de recursos. Como veremos luego, esto es contrastable con lo dicho por otros magistrados, a quienes el desarrollo y el llamado de audiencias o la supervisión de mesas de trabajo les insumirían una cantidad de recursos de la que carecen.

Finalmente, este tipo de intervención judicial tiene múltiples efectos, tanto materiales como simbólicos. Con relación a los primeros, se pueden contar la expedición de una norma o del diseño de una política pública, o la participación de actores sociales –p. ej., organizaciones del tercer sector, etc.– en un nuevo espacio institucional de construcción política –los tribunales–.

Los efectos simbólicos, por otro lado, “consisten en cambios en las ideas, las percepciones y los imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio. En términos sociológicos, implican cambios culturales o ideológicos en relación con el problema del caso”<sup>18</sup>. Particularmente, es posible advertir que este tipo de intervención permite, por ejemplo, modificar la percepción pública del problema al pasar a ser concebido en el lenguaje de los derechos humanos, o incluso sobre la gravedad de la situación.

### **2.3. LAS CRÍTICAS A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS MECANISMOS DELIBERATIVOS**

Ante la intervención judicial en casos estructurales –más allá de la modalidad de dicha intervención–, aparecen algunas críticas basadas, fundamentalmente, en dos cuestiones: por un lado, la siempre vigente “objeción contramayoritaria” al Poder Judicial; por el otro, la supuesta incapacidad de los tribunales para impulsar transformaciones estructurales.

La primera crítica se funda en la tradicional objeción al activismo judicial basada en el origen no democrático de los jueces<sup>19</sup>. Pero, además, esta crítica ha sido complementada con un argumento basado en la rendición de cuentas: “dado que la gestión de los jueces no está sometida al control ciudadano me-

<sup>18</sup> Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D.: Op. cit., p. 25.

<sup>19</sup> Ver Gargarella, R. (1995): *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel.

dante nuevas elecciones que premien o castiguen con el voto de su desempeño, los jueces estarían asumiendo un poder considerable sin tener que rendir cuentas sobre cómo lo ejercen”<sup>20</sup>.

El segundo argumento central contra el activismo judicial sostiene que “las cortes no cuentan con las herramientas para desarrollar políticas públicas apropiadas e implementar las sentencias que ordenen reformas sociales significativas”<sup>21</sup>. De allí que los tribunales, en general, carecen de la visión macro del conflicto, las herramientas prácticas, la información técnica y el poder coercitivo para resolver conflictos colectivos.

Con relación al argumento basado en el rasgo antidemocrático de los jueces, muchos de quienes sostenemos este tipo de intervención judicial asumimos que ésta, en el diseño y la implementación de políticas públicas, no está libre de problemas por las razones apuntadas<sup>22</sup>. Sin embargo, la respuesta es una reformulación de la justificación y los mecanismos de intervenciones judiciales que pretenden profundizar, antes que erosionar, la democracia.

De allí que la primera respuesta es, justamente, un desafío a la concepción de la democracia que está detrás de esta crítica. En efecto, el modo en que el Poder Judicial interviene en un conflicto social conlleva una adhesión o una renuencia a una concepción de la Constitución determinada y, por tanto, a una idea normativa de la democracia<sup>23</sup>.

Si, por ejemplo, tomásemos en cuenta una mirada de la democracia que centra su justificación en su potencia para construir decisiones justas basadas en discusiones vigorosas<sup>24</sup>, podríamos llegar a conclusiones radicalmente diferentes acerca del rol de los tribunales en este tipo de conflictos. Esto así, puesto que esta perspectiva requiere que las decisiones públicas sean tomadas a partir de procesos de discusión colectiva en los que intervengan, idealmente, todos los potencialmente afectados por tales decisiones. Situados en esta perspectiva, “los jueces podrían re-concebir su papel de un modo significativo. Finalmen-

20 Argumento desarrollado y controvertido en Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D.: Op. cit., p. 36.

21 Rosenberg, G. (1991): *The hollow hope. Can courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago Press, cit. en Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D.: Op. cit., p. 36.

22 Gargarella, R. (2007): “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, R. (ed.): *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales. Ver también del mismo autor “Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático”, en Gargarella, R. (coord.) (2008): *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 965-972.

23 No me puedo explayar sobre este punto que es, por el caso, fundamental. Me remito a Nino, C. (1992): *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, en particular capítulos 1 y 7.

24 Ver Nino, C. (1997): *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.

te, ellos se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el Poder Judicial es la institución que recibe las quejas de quienes son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. Por lo demás, a sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que custodien el sistema político, y presten atención especial a sus debilidades y rupturas<sup>25</sup>.

Pero aún más, los jueces no sólo se encuentran institucionalmente bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades. Tal como lo reconoce Gargarella, los jueces “poseen, además, una diversidad de herramientas a su disposición, capaces de facilitar esa tarea, y hacerlo de un modo respetuoso de la autoridad democrática. Los jueces pueden, por ejemplo, i) ‘establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos’; ii) ‘declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio; a) sin especificar cómo y sin fijar un período límite, b) sin especificar cómo, pero demandando que se efectúe en un cierto tiempo’; iii) ‘establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo’. Actuando de este modo, los jueces se convierten en partícipes protagónicos del diálogo democrático, sin necesidad de inmiscuirse en la esfera de acción que –por razones también vinculadas con la legitimidad democrática– les corresponde a los demás poderes<sup>26</sup>.

La segunda respuesta está fundada en el carácter desestabilizador de los derechos. Es decir, los casos estructurales aparecen ante situaciones en las que las políticas públicas han fracasado y, además, los poderes políticos se encuentran “bloqueados” para generar, justamente, mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas<sup>27</sup>. Ante este panorama, la presentación de un caso ante los tribunales “sacude” el aparato estatal: “lo que se busca es desestabilizar el equilibrio institucional perverso que bloquea el funcionamiento de la democracia y el cumplimiento de los derechos<sup>28</sup>. De allí que, según Sabel y Simon, los derechos desestabilizadores pretenden “estremecer y abrir las instituciones públicas que han tenido fallas crónicas en el cumpli-

---

25 Gargarella, R.: Op. cit., p. 969.

26 Gargarella, R.: Op. cit.

27 Ver en particular la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-025/2004.

28 Rodríguez Garavito C., y Rodríguez Franco, D.: Op. cit., p. 50.

miento de sus obligaciones y que se muestran impermeables a los mecanismos usuales de responsabilidad política<sup>29</sup>.

Con relación a la supuesta incapacidad de los tribunales para resolver este tipo de conflictos, es necesario aclarar que nadie pretende que sean los tribunales quienes lleven adelante este tipo de reformas estructurales. En ese caso, tal vez sí tendría sentido el argumento de la "incapacidad".

Al contrario de ello, la pretensión del modelo de intervención judicial hasta aquí presentado es ostensiblemente diferente. En rigor, el "activismo dialógico" propuesto requiere, en primer término, decisiones más abiertas que las del activismo clásico. Es decir, las sentencias bajo este modelo "tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo"<sup>30</sup>. Así, los detalles de las políticas tienden a surgir en el marco del proceso mismo. En segundo lugar, exige un mecanismo de seguimiento periódico y público estricto y activo. Finalmente, este tipo de activismo tiende a incorporar un espectro más amplio de actores sociales, pues la implementación suele involucrar a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen un interés legítimo en el resultado del caso. En pocas palabras, el Poder Judicial no construye la decisión, sino que asegura las condicionales materiales y normativas para ello.

Es necesario aclarar que lo que estamos proponiendo es un modelo regulatorio ideal, por lo que ello no desvirtúa su utilidad para analizar tendencias y potencialidades en casos estructurales actuales. Este modelo regulatorio, por lo demás, permitiría lograr un interesante punto intermedio en la tensión presentada hace tiempo ya por Carlos Nino, entre la protección de derechos fundamentales y el respeto a las decisiones democráticas.

#### 2.4. FUNDAMENTACIÓN LEGAL-NORMATIVA

Es cierto que no existe en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad ninguna norma que expresamente reconozca estos métodos deliberativos dentro del proceso de ejecución de una sentencia. Pero asimismo, parece poco plausible sostener que la falta de previsión legal de estos mecanismos implique una prohibición de ellos.

---

29 Sabel, C. y Simon, W. (2004): "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", in *Harvard Law Review*, 117.

30 Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D.: Op. cit., p. 55.

La primera razón se vincula con el principio republicano de gobierno referido a la transparencia de los actos públicos: los mecanismos deliberativos constituyen, sin lugar a dudas, instrumentos para reforzar este principio. La falta de previsión normativa expresa puede decidirse a favor de la admisión de estas figuras en tanto constituye un medio procedimental no prohibido de reforzamiento del principio republicano de gobierno.

La segunda razón que traemos a colación es la existencia de figuras procesales similares en nuestro ordenamiento jurídico que permiten la aceptación analógica de los mecanismos examinados, en la medida en que estos mecanismos presentan rasgos de considerable compatibilidad con las razones que fundan la procedencia de aquellas figuras. El primer instituto que resulta comparable es la audiencia prevista en los arts. 288<sup>31</sup> y 289<sup>32</sup> del Código CAyT. En dicha instancia, el juez interviniente tiene, incluso expresamente, la potestad de “intentar que las partes arriben a una autocomposición o logren una conciliación” (conf. art. 289, inc. 2). Pero además, puede verse que existen ciertas facultades ordenatorias en cabeza de los jueces que permiten vislumbrar la posibilidad de arbitrar este tipo de mecanismos. Así, el art. 27, inc. 5, punto “a”, habilita al magistrado a concentrar en una misma audiencia todas las diligencias que fueren necesarias; el art. 29, inc. 1, reconoce en el/la juez/a la potestad de tomar todas las medidas posibles que sean conducentes para evitar la paralización del proceso, reconociendo al/la juez/a como director del proceso y perseguidor de la verdad<sup>33</sup>; el art. 29, inc. 2, en el punto “a”, establece que el tribunal puede disponer la comparecencia de las partes para intentar una conciliación. En definitiva, todas estas facultades implican el reconocimiento del rol del/la juez/a como árbitro de la contienda, pero además, con amplias potestades para poder dirigir el

---

31 Art. 288: “Luego de contestada la demanda, o la reconvenición, y siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, el tribunal las cita a una audiencia, dentro de los veinte (20) días”.

32 Art. 289: “En la audiencia prevista en el artículo anterior, el Tribunal debe:

1. Fijar, por sí, los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del litigio, sobre los que debe versar la prueba y desestimar los inconducentes, de acuerdo a las piezas que integran la etapa constitutiva del proceso;
2. Determinar las pruebas admisibles para la continuación del proceso, y el plazo y modalidades para su producción, quedando las partes notificadas en el acto de la audiencia;
3. Intentar que las partes arriben a una autocomposición o logren una conciliación;
4. En caso de no existir hechos que deban probarse, declarar la cuestión como de puro derecho y proceder como lo establece el artículo 389;
5. El tribunal puede pedir las explicaciones que estimare necesarias sobre los hechos. Asimismo, las partes pueden formularse recíprocamente las preguntas que estimaren convenientes”.

33 Balbín, C. (dir.) (2003): *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 181.

proceso de tal forma que sea consistente con los principios de economía y celeridad procesal y, además, con una solución justa y ejecutable<sup>34</sup>.

Como tercer argumento, diremos que la utilización de estos mecanismos deliberativos no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso. Al contrario de ello, como vimos, la utilidad de este tipo de intervención redundaba en beneficio no sólo de las partes, sino incluso del propio proceso y de la eficacia de las decisiones allí comprometidas. Tampoco es cierto que los jueces tengan obligación de expedirse sobre todos los puntos expuestos o planteados, ya que la función de éstos se asimila más a la de un árbitro que va controlando el proceso de discusión y vela por el respeto a las reglas deliberativas y a las decisiones allí concertadas. En fin, no existen razones de economía procesal ni de preservación del equilibrio entre partes que lleven a desechar la utilización de este tipo de mecanismos.

Por fin, existe una última consideración que a nuestro juicio justifica la directa aceptación de este tipo de mecanismos. En primer término, existe una rica práctica de creaciones pretorianas de la jurisprudencia argentina. Desde "Siri" y "Kot" hasta la doctrina de "Ekmekdjian", nuestros tribunales han marcado varias veces el rumbo en materia de implementación de derechos y garantías fundamentales<sup>35</sup>. Y este tipo de construcción jurisprudencial no se ha limitado a interpretaciones sustantivas de derechos. Al contrario de ello, pensemos en los recientes casos "Badaro", "Verbitsky" y "Mendoza", donde nuestro Máximo Tribunal a partir de la implementación de audiencias, mesas de diálogo y mesas de trabajo, ha instado a los poderes políticos a dar cumplimiento a nuestros compromisos constitucionales<sup>36</sup>. En efecto, en apartados siguientes veremos precedentes en donde se han utilizado estos mecanismos en casos de nuestra comunidad local.

Finalmente, es interesante recalcar la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia; tribunal que ha instado la creación de diversos mecanismos destinados a promover soluciones a conflictos estructurales. De hecho, en casos de enorme relevancia institucional<sup>37</sup>, dicha Corte ha establecido pautas y plazos

34 Para un completo y detallado análisis de los procesos de ejecución de sentencias contemplados en el Código CAyT véase Danas, A.: *La ejecución de sentencias en la Ciudad de Buenos Aires*, Revista ADA Ciudad, 1/12/2011.

35 Por supuesto, la potencial creación de instrumentos y/o de interpretaciones normativas en cabeza de los tribunales no habla de las virtudes o defectos de los resultados.

36 Ver Gargarella, R. (2008): "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución", *Gaceta Constitucional*, Lima, pp. 573-590.

37 En la Sentencia T-153/1998, la Corte determinó que el gobierno gozaba de un período de cuatro años para remediar la situación de abusos sistemáticos cometidos por personal carcelario. También puede verse

con el objeto de favorecer que el propio poder político resuelva, a su criterio, tales graves conflictos<sup>38</sup>.

Como vemos, no sólo no hay razones legales ni doctrinarias de peso para rechazar este tipo de intervenciones judiciales, sino que su implementación es altamente beneficiosa.

### **3. ALGUNAS EXPERIENCIAS. VISIONES JUDICIALES SOBRE EL TEMA**

En este apartado, quisiéramos describir, al menos someramente, algunas experiencias en nuestra comunidad jurídica local en las que se han utilizado mecanismos deliberativos –como los que venimos definiendo– en casos colectivos donde se encontraban en discusión derechos sociales. Creemos, en efecto, que observar estas experiencias nos permitirá encontrar algunos rasgos relevantes a los fines de poder delinear cuándo estos mecanismos tienen mayores posibilidades de éxito.

Como podremos observar, en todos estos casos se encontraba en discusión la exigibilidad de derechos sociales: derecho a la educación en el primero, derecho a la vivienda en el segundo y derecho a la salud en el último. Pero además, las pretensiones originarias impactaban en el diseño y la ejecución de políticas públicas de la Ciudad en materia de dichos derechos. Finalmente, las soluciones requeridas no podían ser otorgadas con una “simple” orden de hacer; al contrario, requerían numerosas negociaciones y acuerdos entre las partes y el juez; y, para ello, aparecía como sumamente relevante la creación de instancias de diálogo entre ellas.

En primer lugar, podemos mencionar el caso conocido como “Villa La Dulce”<sup>39</sup>, en el cual las audiencias se convirtieron en una herramienta de suma relevancia en la ejecución de la medida cautelar y en la etapa de ejecución de la sentencia definitiva.

A raíz del desalojo de 180 grupos familiares de villa La Dulce, se firmó un acta acuerdo entre las familias, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, el Asesor Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 y la Pastoral Social del

---

la sentencia T-025/2044, donde, advirtiendo sobre el carácter insalvable de la política vigente en materia de desplazamiento forzado, la Corte exhortó a las autoridades electas a resolver la situación del caso de otro modo, compatible con la Constitución.

38 Ver Uprimny Yepes, R., Sánchez, N. (2010): “Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana”, en Abramovich, V., Pautassi, L.: *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

39 Exp. 4437, “Agüero, Aurelio Edivigio y otros c/GCBA s/amparo”.

Arzobispado de Buenos Aires, por un lado, y el GCBA, por el otro, en el que éste se comprometía a otorgar una solución habitacional definitiva mediante la autoconstrucción de viviendas. En virtud del incumplimiento del acta-acuerdo, se presentó un amparo colectivo con el patrocinio del CELS a fin de ordenar al GCBA que otorgara una solución definitiva a los grupos familiares.

Como medida cautelar, la jueza dispuso la indisponibilidad de aproximadamente \$ 430.000 del presupuesto de la Ciudad para que quedaran afectados a la construcción de viviendas. Asimismo, convocó a las partes a que celebraran audiencias a fin de acercar una solución transitoria –posible y realizable– a la problemática habitacional de los vecinos. Luego de celebrarse algunas audiencias, las partes llegaron a un acuerdo respecto de la solución habitacional transitoria, que consistió en el traslado a hoteles hasta tanto se diera una solución definitiva. A su vez, se celebraron diversas audiencias en las que las partes concertaron algunas cuestiones acerca de la implementación del traslado de los vecinos a los hoteles.

En paralelo al proceso judicial, se integró una mesa de diálogo que se reunía cada 15 días, con la presencia de los vecinos, los actores institucionales, el GCBA y el IVC. En el marco de estas reuniones, las partes llegaron a un nuevo acuerdo por medio del cual el GCBA se comprometió a construir las viviendas necesarias para proveer a los grupos familiares una salida habitacional definitiva, a través de un contrato de *leasing* con opción a compra o de créditos accesibles de modo que pudieran adquirirlas. El acuerdo fue homologado judicialmente.

En virtud de la gran cantidad de familias afectadas y del tipo de solución que requería la vulneración de sus derechos, devino necesario que el juez dispusiera en la etapa de ejecución diversas medidas para supervisar el cumplimiento del acuerdo. Entre ellas, se realizaron periódicamente audiencias, en las cuales los actores requerían al GCBA información respecto del avance de las obras y la tipología de las viviendas, y las partes dispusieron que las obras destinadas a los vecinos se finalizarían en dos etapas. De este modo, las audiencias jugaron un papel clave en la etapa de ejecución de la sentencia, en tanto se ungió como mecanismos de denuncia del incumplimiento de los plazos pactados.

En la causa “Hospital Torcuato de Alvear”<sup>40</sup>, las audiencias se convirtieron en un instrumento importante en la etapa de ejecución de la sentencia.

En virtud de las paupérrimas condiciones de infraestructura del servicio de guardia del Hospital Torcuato de Alvear, que vulneraban los derechos a la integridad física, a la salud mental, a la intimidad y a la dignidad de sus pacien-

40 Exp. 17091, “Asesoría Tutelar Justicia c/GCBA s/amparo”.

tes, el Asesor Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 interpuso un amparo colectivo a fin de que se ordenara al GCBA a diseñar un plan de obras que contemplara refacciones, remodelación y acondicionamiento del servicio de guardia. El juez hizo lugar a la demanda y condenó al GCBA a realizar en el menor tiempo posible las obras necesarias para su refuncionalización, a estimar las medidas conducentes para asegurar la atención adecuada de los pacientes y a designar personal para cubrir las necesidades del servicio de guardia, así como a informar cada tres meses las obras realizadas.

Con respecto a las audiencias, es importante destacar que la demandante solicitó su celebración en algunas oportunidades a fin de que entre todas las partes pudieran llegar a un acuerdo respecto del cumplimiento de la sentencia –en especial, en lo relativo al cronograma de etapas de la obra–. A raíz de una solicitud de la parte actora, la jueza designada para ocupar el cargo vacante en el juzgado en el que se encontraba radicada la causa, exigió la comparecencia de representantes de los tres ministerios intervinientes (Salud, Desarrollo Humano y Hacienda), de modo de poder consensuar entre éstos y la parte actora el cumplimiento de la sentencia. En el marco de dichas audiencias, la demandante denunció incumplimientos referidos a la falta de designación del personal técnico requerido y exigió la presentación del nuevo plan de obras (había sufrido modificaciones), reclamos que fueron atendidos por la jueza.

Es menester señalar que –previo a la realización de las audiencias– la jueza disponía que los funcionarios citados acompañaran el cronograma de obras y su afectación presupuestaria, lo que, a modo de ejemplo, permitió a la parte actora verificar el desfase en cuanto al grado de avance de las obras. Dada la inconsistencia entre la diversa información acompañada en el expediente, las audiencias proveyeron a la jueza de herramientas más eficaces para supervisar el cumplimiento, por ejemplo, solicitando en el marco de una audiencia al GCBA que adjuntara el plan de obras de la totalidad del hospital, informando detalladamente el modo y el plazo de cumplimiento, así como el presupuesto proyectado.

Como consecuencia de la solución estructural que demandaba la problemática del Hospital Alvear y de la cantidad de obras necesarias para su refuncionalización, era necesario supervisar con gran frecuencia el grado de avance (tal como fue ordenado en la sentencia). En este sentido, las audiencias permitieron a las partes consensuar el cronograma de obras, a la vez que habilitaron a la jueza y a la parte actora a realizar un control más adecuado en lo relativo a su cumplimiento.

Finalmente, en la causa "Vacantes"<sup>41</sup> se han utilizado distintos mecanismos deliberativos –audiencias y mesa de trabajo– en el proceso de ejecución de la medida cautelar y de la sentencia de fondo.

Los hechos refieren que, en razón de los miles de niños y niñas que año tras año no consiguen una vacante para ingresar a escuelas de nivel inicial en la Ciudad, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia presentó una acción de amparo colectivo solicitando que se ordenara al Poder Ejecutivo local que diseñara y ejecutara medidas tendientes a remediar la falta de vacantes. El juez de grado hizo lugar a la demanda, ordenando al GCBA que presentara el plan de obras en ejecución y los proyectos de obras nuevas necesarias para que los niños de entre 45 días y 5 años pudieran acceder a establecimientos de nivel inicial.

En el marco de la causa, las partes llegaron a un acuerdo por medio del cual el GCBA se comprometió a adoptar medidas tendientes a poner fin a la falta de vacantes de nivel inicial, entre ellas, construir nuevas escuelas, tomar medidas transitorias hasta tanto se finalicen las obras y destinar partidas específicas en el presupuesto. Las partes concertaron la creación de una mesa de trabajo bimestral integrada por representantes del Ministerio de Educación, del Ministerio de Desarrollo Social, de ACIJ, de la Asesoría General Tutelar y de la Defensoría del Pueblo, destinada a controlar el cumplimiento del acuerdo y a proponer acciones que tuvieran por objeto su cumplimiento.

Las audiencias tuvieron la función de otorgarle a la jueza que subrogó el juzgado –vacante– en el que estaba radicada la causa, herramientas para supervisar el cumplimiento del acuerdo. Al mismo tiempo que se realizaban las reuniones de la mesa de trabajo, la jueza convocaba a audiencias para que las partes y los actores institucionales informaran al Tribunal acerca de la forma y los plazos de cumplimiento del acuerdo. Las audiencias permitieron a la parte actora denunciar la falta de acceso a la información presupuestaria en las reuniones de la mesa de trabajo y denunciar el incumplimiento de los plazos pactados, por lo que de algún modo se instituyeron como una suerte de mecanismo de "control" del funcionamiento de la mesa de trabajo.

Aquí cabe aclarar que muchas veces sucede, como en algunos de estos casos, que estas instancias de diálogo se llevan adelante sin la participación activa del Magistrado/a interviniente. Sin embargo, el/la Magistrado/a sigue teniendo un rol trascendental: el control de las decisiones y de los acuerdos a los que arriban las partes en dichas instancias. De esta forma, el/la Magistrado/a

---

41 Exp. 23.360, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo".

es el encargado/a de crear las condiciones materiales y normativas para el éxito de las discusiones.

#### **4. HALLAZGOS: CONDICIONES DE EFICACIA DE ESTE TIPO DE MECANISMOS. LÍMITES. REFLEXIONES FINALES**

Finalmente –y tal como lo anticipáramos previamente– quisiéramos indicar algunos rasgos que, en función del abordaje teórico desarrollado previamente y de la revisión de los casos del apartado previo, parecen generar mayores posibilidades de éxito de estos mecanismos de ejecución de sentencias.

Pero antes de ello, quisiéramos marcar algunos límites y problemas prácticos planteados por algunos de los magistrados y magistradas en las entrevistas llevadas adelante. De hecho, varios magistrados han sostenido que la posibilidad de llevar audiencias o mesas de trabajo o de diálogo es problemática por dos razones principalmente: la primera de ellas es la carencia de espacios físicos con las condiciones necesarias para ello. Pero además, han remarcado la cuestión del tiempo que insume llevar adelante este tipo de casos bajo la instrumentación de mecanismos de diálogo. En efecto, ha aparecido esta idea de que tramitar casos estructurales con mesas de diálogos, etc., insume mayor cantidad de esfuerzo, recursos y tiempo que bajo una modalidad “tradicional”.

Otro orden de cuestionamientos se centra en un rasgo muy característico del funcionamiento de la Administración Pública en general y de la Administración de la Ciudad de Buenos Aires en particular: la ausencia de coordinación entre las propias agencias estatales. Es decir, la falta de diálogo entre los propios estamentos de la Administración implica un fuerte límite a la potencialidad de este tipo de mecanismos, toda vez que el diálogo se ve obstaculizado por falta de información de todos los funcionarios involucrados, dificultad de acordar e implementar decisiones con diferentes agencias de la propia Administración, etc. Este límite puede convertirse en una ventaja si a través de este tipo de mecanismos se logra incorporar en una mesa de trabajo todas las áreas del Gobierno involucradas en un caso. Si ello fuera posible, las probabilidades de éxito serían mayores.

Además, este tipo de mecanismos de ejecución de sentencias presupone cierta informalidad de los procesos judiciales. Así, en sistemas judiciales como el nuestro, donde ellos se encuentran fuertemente restringidos por limitaciones formales y –tal vez– por rasgos propios de la cultura jurídica imperante, este tipo de mecanismos puede ser de compleja materialización para los operadores.

Finalmente, las posibilidades de éxito del acuerdo presuponen un fuerte control –externo– de su cumplimiento. En este orden de ideas, es posible identificar falencias institucionales en contextos como el argentino, donde esta función se encuentra, todavía, carente de la fuerza necesaria para dar cumplimiento a su cometido.

Por otro lado, de esos mismos encuentros y de la práctica del propio fuero es posible extraer ciertos rasgos que, cumplidos, permiten pensar en mayores posibilidades de éxito de estos mecanismos.

- Es fundamental la mayor amplitud posible de la participación de los afectados. Como se indicó, estos procesos se caracterizan por un colectivo de sujetos involucrados. A los fines de lograr las mejores decisiones posibles, es sustancial contar con la voz y la participación de la mayor cantidad de personas afectadas.
- Postura general del/la juez/a frente a la Administración: El modo en que se enfrente el/la juez/a con la Administración durante el proceso tendrá un impacto directo en el éxito de sus decisiones. Si el/la mismo/a adopta un modelo confrontativo, tal vez ponga en juego el éxito mismo de la pretensión discutida. Mientras que si el/la juez/a tiende a manejarse de un modo más “dialoguista”, priorizando mecanismos de deliberación y de negociación entre las partes y, principalmente, con la Administración, hay buenas razones para pensar que tendrá más y mejores chances de éxito en casos estructurales. Desde ya que el diálogo no implica pasividad. Muy por el contrario, este tipo de mecanismos requieren por parte del/la juez/a mayor cercanía con el conflicto.
- El tribunal debe demostrar transparencia, confianza y neutralidad para dotar de legitimidad su decisión; además de asegurar y profundizar las instancias de diálogo.
- Concurrencia de funcionarios/as que conocen la problemática en profundidad y con cercanía. Esto puede implicar que, por ejemplo, el/la ministro/a –o la máxima autoridad de la agencia estatal involucrada– concorra con un/a funcionario/a de menor jerarquía que esté directamente relacionado/a con la cuestión. Además, y en caso de que sólo concorra un/a funcionario/a, es necesario que éste/a cuente con el poder legal necesario para tomar decisiones vinculantes para la Administración. Por otro lado, la citación no debe quedar limitada a la formalidad.

- Con la concurrencia de los/as funcionarios/as debe exigirse, además, que éstos/as concurren con información detallada y propuestas concretas para la resolución del conflicto.
- Estos mecanismos son impulsados, la mayor de las veces, por los/as magistrados/as. Sin embargo, es aconsejable que, en ciertas oportunidades, sean las partes las que impulsen la utilización de este tipo de prácticas. En efecto, resulta fundamental la participación activa de quienes activan este tipo de procesos.
- Es importante que el/la magistrado/a interviniente realice un control judicial de las decisiones que emanan de estas instancias –p. ej., a través de una homologación–; pues esto las dota de mayor legitimidad –y por tanto de exigibilidad–.
- Es aconsejable –a los fines de una ejecución y un control adecuados– que, en la medida de lo posible las partes se comprometan con las soluciones bajo el cumplimiento de cronogramas con etapas y medidas concretas en el proceso de ejecución; y la afectación presupuestaria pertinente.
- Es fundamental la constante y estricta supervisión, tanto por parte del/la magistrado/a como de los actores, del grado de avance de las soluciones consensuadas. Un mecanismo interesante para ello puede ser la figura del interventor informante<sup>42</sup>.
- Condiciones físicas: el tribunal debe preparar las condiciones ambientales y materiales necesarias que permitan que las partes puedan sentirse que están en un lugar de confianza y en donde es posible invertir una importante cantidad de tiempo en la negociación.

---

<sup>42</sup> Nos remitimos al estudio del caso “Iglesias”, donde profundizamos este punto.

# EL PRESUPUESTO EN EL PODER JUDICIAL: HERRAMIENTAS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES<sup>1</sup>

## 1. PRIMERA PARTE: PRECISIONES CONCEPTUALES

### 1.1. INTRODUCCIÓN

Por si hiciera falta decirlo en estos tiempos, la política (lo político, los políticos) siempre es amenaza y límite (a veces, también, esperanza y protección) para el Poder Judicial. En las comunidades constitucionales modernas, la identidad del Poder Judicial se define en aspectos muy significativos y relevantes por el modo en que el trabajo y el funcionamiento habitual de los tribunales procesan su relación con la política (lo político, los políticos).

El “sentido común” jurídico suele articular dos respuestas básicas y elementales (ambas tan simples como equivocadas) acerca de los paradigmas de dicha relación:

La respuesta “formalista”, que integra el sentido común clásico de nuestras prácticas jurídicas, afirma descriptivamente (y reclama normativamente) que el Poder Judicial no tiene —ni debería tener— relación con la política. Reivindica la existencia de un abismo conceptual entre derecho y política, una división institucional y de trabajo rígida entre Poder Judicial y poderes políticos, una diferencia categorial entre decisión jurídica y decisión política.

---

<sup>1</sup> Documento elaborado por Gustavo Maurino con la colaboración de María Trevisani Vespa y Dalile Antúnez en el marco del proyecto conjunto entre la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: “Desafíos en la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad”. El proyecto se desarrolla bajo la coordinación de Luciana Bercovich, Romina Faerman y Gustavo Maurino, con la participación de Mariela Aisenstein, Dalile Antúnez, Damián Azrak, Mauro Chelillo, Federico Orlando, Martín Sigal y María de los Ángeles Trevisani Vespa. A su vez, este trabajo fue discutido en las Jornadas organizadas por la AGT y la ACIJ, recibiendo críticas y comentarios que, por su importancia, han sido receptados en este documento.

La respuesta “crítica”, que reacciona contra la tesis tradicional, afirma exactamente lo opuesto. Descriptivamente sostiene que derecho y política son una sola cosa, que todo en el derecho es política (que el derecho es un instrumento de la política) y que todo lo que hace el Poder Judicial es político (y política). Por ello, concluye –de manera casi determinista– que el Poder Judicial no puede (y no debe) sino ser un poder político, abrazar la dimensión política de su función (juzgar) y de su herramienta (el derecho), y hacerlo abiertamente<sup>2</sup>.

Más allá de las consideraciones filosóficas que puedan hacerse sobre ambas tesis, lo cierto es que, aplicadas a la reconstrucción del trabajo de los jueces y juezas, ambas visiones resultan erradas por extremas y sobre-simplificadas. En este sentido, y considerando la práctica jurídica de nuestra comunidad, resulta claro que los actores jurídicos asignan una menor dimensión política a algunas clases de casos (para ser obvios: aquellos que no desafían la agenda política de los poderes existentes, aquellos en los que las controversias ideológicas que se expresaban en determinada conflictividad han sido provisional o estructuralmente superadas, etc.) que a otros (aquellos en los que se debate el sentido constitucional, se desafían condiciones políticas estructurales, se juegan visiones ideológicas en conflicto, etc.).

Por supuesto, el hecho de que ciertos casos presenten o no esta clase de características también es algo contextual (el cobro de alquileres puede resultar ordinariamente un tipo de caso “despolitizado”, pero en la época de “Ercolano” eran casos de alto impacto y contenido político; y un caso de divorcio podría ser el caso más cargado políticamente en la década del 80, mientras que en la actualidad tiende a ser un caso rutinario, sin condimento político alguno).

En las últimas décadas, en la Argentina, los casos sobre DESC (individuales o colectivos) configuran uno de esos escenarios en los que la práctica jurídica resulta enriquecida y complejizada por implicancias políticas relevantes: la comunidad jurídica está construyendo un artefacto particular (los DESC) y al hacerlo va definiendo también sus alcances y límites, las respuestas aceptables e inaceptables de parte de los gobiernos, y las formas de procesamiento por parte del Poder Judicial, etc.<sup>3</sup>.

---

2 Una alegación en este sentido, matizada luego por invocaciones al “profesionalismo” de los jueces, puede encontrarse en el reciente voto en disidencia del juez Zaffaroni en el caso “Rizzo”, en el que se discutió la constitucionalidad de la ley que reformaba el Consejo de la Magistratura.

3 Maurino, Gustavo (2008): “Elementos de un nuevo paradigma de acceso a la Justicia”, en Asociación por los Derechos Civiles: *La Corte y los Derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 91. En concordancia con lo expresado: “Si en el contexto actual prácticamente nada de lo que ocurre en la sociedad resulta causal e institucionalmente ajeno a las conductas y responsabilidades del Estado, y todo lo que interesa a una persona o grupo en relación con su forma y calidad de vida puede revestirse de una pretensión de derechos constitucionales, el aislamiento

Si esta caracterización tiene sentido, la discusión significativa para nuestra práctica no consiste en polemizar sobre la politización o despolitización de los jueces, sino en preocuparnos por analizar cuál es la mejor forma en que el Poder Judicial puede procesar esta clase de casos de ineludible impacto político en el contexto actual, qué forma de trabajar con ellos logra la mejor clase de práctica jurídica, es decir, la que mejor honra los valores y principios que justifican y legitiman al Poder Judicial (asegurar la efectividad de los derechos, contribuir al fortalecimiento de una democracia decente y proveer estabilidad y previsibilidad sobre el derecho) y su administración de la coerción estatal.

Estas páginas abordan una de esas cuestiones que reclaman cada vez mayor atención: el rol del presupuesto en la adjudicación de DESC.

## **1.2. LA JUDICIALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES Y LOS CASOS DE SENSIBILIDAD POLÍTICA**

El ciclo de reforma de la Constitución Nacional y constitucionalización de la Ciudad de Buenos Aires formalizó la práctica de acceso a la justicia respecto de una serie de derechos relativamente ajenos a la tradición del litigio constitucional. Derechos a la salud, la educación, el ambiente, la protección antidiscriminatoria, la tutela de las relaciones de consumo, la protección de la identidad, la vivienda y el hábitat, etc., abrieron un campo desconocido y sin tradición para nuestra comunidad jurídica. Ni la sustancia de estos derechos ni las formas procesales adecuadas para su litigio han sido una materia clásica de nuestra tradición jurídica.

Como toda práctica novedosa, el litigio de DESC ofrece una amplia diversidad de variables que dan lugar a otros tantos desafíos, particularmente en relación con la sensibilidad política que despiertan. De hecho, el litigio en la materia presenta diferencias notables cuando observamos algunas de estas características particulares, y tener en mente esta diversidad resultará de utilidad para mejorar nuestras prácticas, en la medida en que cada una de ella ofrece oportunidades y desafíos particulares, como veremos más adelante en cuanto a la dimensión presupuestaria. Enunciamos a continuación las variables que resultan más evidentes para caracterizar mejor la práctica:

---

conceptual e institucional del 'derecho' y la 'política' resulta imposible (...). Por lo tanto, resulta previsible que las demandas sociales de legitimidad y *accountability* sobre el Poder Judicial se vean potenciadas. Dicho poder ya no cuenta con posibilidades reales de mantenerse al margen de los conflictos sociales, pues ello implicaría lisa y llanamente privar de sentido al denso conjunto de derechos constitucionales reconocidos y erosionar la legitimidad de la Constitución misma".

**a. Tamaño del caso, en términos de los “sujetos” comprendidos en la pretensión**

a. Individual;

b. Colectivo

b.1. Restringido (la situación de infraestructura de un hospital, una escuela, un grupo cerrado y pequeño de afectados por un incendio en un barrio, etc.);

b.2. Colectivo amplio o estructural (falta de vacantes en el sistema escolar, discriminación en la política de espacios públicos, regularización electoral en villas, etc.).

**b. Tipo de conducta idónea para remediar la afectación, definida en la pretensión y/o en la sentencia**

a. Dar suma de dinero;

b. No hacer;

c. Hacer.

En relación con las conductas de hacer, puede trazarse una sub-distinción entre las siguientes modalidades típicas:

a'. Otorgamiento de una prestación regulada, organizada e implementada –como un tratamiento médico, un programa de transferencia de ingresos, asignar vacantes en escuelas, etcétera.

b'. Implementación de una política establecida, garantizada, comprometida y definida de manera concreta, pero sin ejecución –como crear un mapa nutricional, urbanizar un barrio, construir una escuela, etcétera.

c'. Modificación de una política concreta, en curso de ejecución, para ajustarla a estándares de derechos –como realizar un estudio de impacto ambiental previo a una obra, reformular las reglas de una concesión para cumplir con una norma sobre cupo laboral, reformular el programa de asistencia por emergencia habitacional, etcétera.

d'. Creación –es decir, diseño e implementación– de una política para remediar un estado de cosas violatorio de derechos o implementación de una política definida sólo genéricamente (evaluar el estado de los edificios escolares y arreglarlos, abordar el déficit estructural de vacantes escolares, regularizar la representación política en villas, etcétera).

**c. Simplicidad o complejidad “técnica” de la conducta idónea para remediar la vulneración, de acuerdo con la mayor o menor cantidad de áreas de gobierno involucradas, mayor o menor necesidad de información técnica requerida para evaluar el cumplimiento, etcétera**

Los casos varían aquí en una escala que va desde la mayor simplicidad (otorgar una prestación disponible y no escasa) hasta la mayor complejidad (recomponer un patrón estructural de postergación a un grupo en relación con políticas largamente arraigadas).

**d. Impacto económico estimado para las acciones idóneas para la satisfacción de los derechos; según el grado en que la intervención motivada por el caso demande ajustes significativos a los planes regulares de gobierno y su reflejo presupuestario**

Aquí los casos varían desde el impacto despreciable hasta un impacto extraordinario, plurianual y económicamente reestructurador del presupuesto.

**e. Finalmente, el grado de interés de los poderes existentes en el resultado del caso es otra variable condicionante**

Hay casos que son despreciables en su interés y el rango va aumentando hasta aquellos que impactan en un interés estratégico de las primeras líneas políticas (ya sea a nivel simbólico o sustantivo).

En todo caso, si bien las formas del litigio en la materia resultan novedosas, no debería ser una novedad en sí el hecho de que se reclame judicialmente del Estado en materia de DESC, o que se desarrolle un litigio de implicancias presupuestarias cada vez mayores.

Como bien afirma Corti en su obra sobre la materia constitucional presupuestaria, “es indudable que si el Estado es demandable entonces es ejecutable. Y si la condena implica un gasto público, directo o indirecto, no hay allí obstáculo constitucional alguno, más allá (...). En fin, las sentencias judiciales tienen efectos presupuestarios directos e indirectos, circunstancia que no es ninguna novedad ni una peculiaridad de los litigios vinculados a un derecho como el derecho a la salud o a una vivienda digna”<sup>4</sup>.

---

4 Corti, H. (2007): *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 913-914.

En países como el nuestro, existen enormes incentivos para que el Poder Judicial rechace las demandas en los casos de alta “politización”, o –cuando las reconozca– realice la implementación de las sentencias con dinámicas de muy baja intensidad.

La inexistencia de garantías estructurales de independencia para el Poder Judicial previsiblemente sobre-sensibiliza a los operadores jurídicos en esta clase de casos. Afortunadamente, el sistema judicial de la Ciudad de Buenos Aires ha ofrecido desde su autonomía un marco comparativamente valioso de independencia para el Poder Judicial, lo que sin dudas ha contribuido a que los tribunales pudieran desarrollar su jurisprudencia con significativa independencia.

Respecto de las variables identificadas precedentemente hay dos que ocupan y preocupan –legítimamente– a los operadores jurídicos y judiciales (la complejidad y los costos de satisfacción de la pretensión de derechos). Sobre ellas recaen también ciertas preconcepciones y temores asociados con la innovación de la práctica en cuestión que deben ser abordados, procesados y encauzados conscientemente en la gestión de los casos judiciales pertinentes. A medida que tales variables sean procesadas por la comunidad jurídica, su sensibilidad para la “politización” de los casos debería previsiblemente descender.

Los actores jurídicos (tanto los que participan como los que analizan la práctica) suelen sobredimensionar la complejidad y el impacto económico de los casos de DESC (en comparación con los casos más tradicionales), especialmente cuando se trata de reclamos colectivos, en los que el remedio a la afectación consistiría en prestaciones de hacer.

En general, los casos colectivos relativos a pretensiones de hacer terminan siendo experimentados y analizados como casos políticamente cargados (se los tiende a considerar, intuitivamente, implícitamente, como muy complejos y muy costosos); lo cual dispara todas las alarmas “despolitizantes” del Poder Judicial, y con ella el despliegue habitual de los recursos argumentales tendientes a limitar la exorbitancia política de la función judicial; lo que, a su vez, conduce a la debilitación operativa de los derechos, sea en el reconocimiento o en la efectivización.

Dicha “sobre-inclusión” de casos DESC en la materia de alta sensibilidad política resulta, a nuestro juicio, del desarrollo todavía incipiente de la práctica judicial colectiva en materia de derechos humanos –lo que tiende a sobredimensionar la complejidad–; y de la clásica ausencia de mecanismos de análisis, seguimiento y control de las consecuencias y el impacto de las decisiones judi-

ciales, particularmente a nivel presupuestario –lo que tiende a sobredimensionar el impacto económico–.

### 1.3. LOS DERECHOS SOCIALES, SU DEPENDENCIA DE LOS RECURSOS EXISTENTES Y LA SENSIBILIDAD POLÍTICA DE LOS CASOS. ALGUNOS MITOS

#### a. La conformación normativa de los derechos sociales

La sobre-sensibilidad a la dimensión política de los casos resulta especialmente significativa en el campo de los DESC en virtud de la manera –normativamente deficitaria– en la que se instrumentó su reconocimiento positivo en el derecho internacional, en el PIDESC.

En efecto, el contenido y alcance de tales derechos fue calificado –condicionado– con las cláusulas 2.1 (*plena efectividad progresiva de los DESC, tomando medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga el Estado*); 2.3 (*posibilidad a los países en desarrollo para determinar en qué medida garantizarán los derechos “económicos” a extranjeros por consideraciones de economía nacional*); y 4 (*posibilidad de limitar los DESC, por ley, en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos, con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*). Basta con comparar estas normas con las del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que resultan simétricas en su función, los arts. 2 y 4, para apreciar la notoria diferencia textual en la intensidad normativa del reconocimiento.

De este modo, resulta particularmente desafiante en relación con los DESC –al menos en su reconocimiento en el derecho internacional– el hecho de que su configuración, su alcance y sus proyecciones están conceptualmente atados a la cuestión de los recursos existentes en el Estado de que se trate.

Entiéndase bien, no se trata de la obviedad de que el nivel de goce efectivo de los derechos esté “empíricamente” condicionado o determinado por los recursos existentes y que se destinen a su satisfacción, como ocurre con todos<sup>5</sup>.

Sabemos que la tradicional caracterización de los derechos civiles y políticos (DCyP) como negativos y “gratuitos”, y de los DESC como positivos y “onerosos” es una idea tan errada como superada; pues, como bien se ha dicho, la distinción entre derechos positivos y negativos que entiende a los primeros co-

5 No sólo el “derecho a la salud” se verá empíricamente condicionado por los recursos que el Estado destine a su protección, también el derecho a no ser torturado estará mejor o peor protegido en relación con los recursos (p. ej., de capacitación de las fuerzas de seguridad) que destine el Estado.

mo derechos “costosos” y a los segundos como “gratuitos” pierde de vista que los individuos gozan de derechos siempre y cuando el Estado esté dispuesto a reparar en forma “justa y predecible” las ofensas que éstos sufran, es decir, en ambos casos los derechos son tales siempre y cuando existan remedios *legales* en caso de ofensas; de modo que “todos los derechos que se exigen de forma legal son positivos. Los derechos son costosos porque los remedios lo son”<sup>6</sup>.

El punto importante aquí es otro, que no siempre es tenido en cuenta por la doctrina en la materia.

Lo que ocurre respecto de la interpretación jurídica relativa a los DESC es que el juicio evaluativo-interpretativo-normativo acerca del contenido y el alcance de los derechos ha sido “conceptualmente” asociado –por la normativa internacional– a la cuestión de los recursos disponibles, de una manera en que no lo han sido los DCyP<sup>7</sup>.

Por supuesto que todos los derechos implican recursos (asignación, redistribución o inmovilidad) y el nivel empírico de satisfacción de todos los derechos depende de recursos; pero en cuanto a los DESC (y no ocurre lo mismo con los DCyP), la determinación jurídico-conceptual de su contenido y alcance, en términos generales, se ata en la normativa internacional a los recursos.

Esto no cambia en nada la calidad jurídica de los DESC, esto no los hace menos derechos<sup>8</sup>; simplemente demanda la inclusión de un elemento más (los recursos) en su interpretación y adjudicación.

---

6 Holmes, S., Sunstein, C. (2011): *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 61-62. En el mismo sentido, Abramovich y Courtis explicitaron magistralmente que tanto la estructura de los DCyP como la de los DESCs pueden ser caracterizadas como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición de la noción de Estado moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a “naturalizar” esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación. Por su parte, en los DESCs las obligaciones positivas revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos. Sin embargo, ambos conjuntos de derechos son exigibles ante los tribunales. Conf.: “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en Abregú, M., y Courtis, C. (1997): *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS.

7 El derecho a no ser torturado o el derecho a la libertad religiosa son “incondicionados” en relación con los recursos. Ni su contenido ni su alcance concreto dependen conceptualmente de los recursos existentes en el Estado (aunque sí depende fácticamente de ellos el goce efectivo, como hemos comentado antes).

8 En este sentido, me parece desafortunado el término “operatividad derivada” empleado por la Corte Suprema en “Quisberth Castro”. El hecho de que la Corte afirme que la política pública que se adopte estará sujeta a control de razonabilidad constitucional, a la vez que no podrá vulnerar las garantías incondicionales de los derechos en cuestión –a lo que se debe sumar que la falta de toda política sería un caso de inconstitucionalidad por omisión– revela que la propia Corte afirma en realidad la efectividad directa de los derechos en cuestión. Creo que el asunto se aclara cuando, simplemente, se acepta que la interpretación del

Pero además, y esto nos acerca al núcleo de nuestra preocupación en este escrito, el aspecto de los DESC que estamos identificando echa por tierra la posición de quienes quisieran sostener una rígida separación entre las cuestiones relativas a la interpretación y la efectivización de derechos (o del derecho) y las cuestiones relativas a decisiones de diseño y ejecución presupuestaria y de políticas públicas.

En efecto, si ante un reclamo sobre DESC se afirmara que la existencia o presencia en el caso de una dimensión presupuestaria, de política pública o de asignación de recursos debería llevar a la conclusión de que el caso excede el margen de actuación de la justicia frente a los otros poderes, se cometería no sólo un error político y constitucional, sino también un notorio error conceptual. Dicho error consiste en desconocer o perder de vista que la configuración misma de los DESC está atada a tal dimensión. Por ello, abdicar de dicha intervención sería lisa y llanamente abdicar de los DESC.

Ahora bien, una vez que tenemos claro el hecho de que los DESC se configuran –al menos en algunos aspectos de su alcance<sup>9</sup>– en relación con los recursos disponibles en el Estado, esta dimensión económico-presupuestaria de los derechos debe dejar de plantearse como una “amenaza” para considerar o no a algo como contenido de un DESC, y emplazarse expresamente como una “herramienta” interpretativa para trabajar con tales derechos.

El mito de que donde empieza el presupuesto (y las políticas públicas) terminan los derechos –o, en particular, los DESC– debe derribarse de una vez, y reemplazarse por el reconocimiento de que el análisis y la discusión acerca de los recursos disponibles en el Estado son una herramienta interpretativa operativa para determinar –cuando así resulte necesario– el alcance de algunos componentes o facultades de tales derechos, y –sobretudo– para evaluar el comportamiento estatal respecto de los DESC<sup>10</sup>.

---

contenido y el alcance de los DESC requiere un análisis sobre los recursos disponibles y las políticas públicas (o la falta de ellas).

9 Diversas facultades básicas y fundamentales de los DESC son, a mi juicio, no-condicionadas por los recursos. En sentido semejante al test de la Corte Suprema, ciertas condiciones que identificamos como consustanciales a la personalidad moral y la dignidad deben considerarse como garantizadas con total independencia de los recursos.

10 El otro mito sobre los DESC, el “mito de la escasez”, también debe caer, una vez que se advierten sus errores. En primer lugar, la supuesta escasez (no alcanza para proveer los DESC) no existe. La idea de escasez de la ciencia económica alude a que no hay suficiente oferta de los bienes que se demandan, pero ella no implica que no existan suficientes recursos para proveer los bienes básicos de dignidad en que consisten los DESC. No hay, por supuesto, análisis alguno que pudiera mostrar dicha escasez –entre otras razones, porque no existe un consenso acerca del contenido de tales derechos–. Por eso, la idea de “escasez moderada” que mencionara Rawls en *Una Teoría de la Justicia*, por ejemplo, presupone que sí existen los recursos para proveer los bienes básicos para todos, y ello es una “circunstancia de la justicia”. En segundo término, cualquiera sea el nivel de

## **b. La “sobre-sensibilidad” por el impacto presupuestario de los DESC. Dos contraejemplos**

Pocos casos son tan claros para ilustrar la sobre-sensibilidad relativa a los recursos y el presupuesto como los de los fallos del TSJ local sobre la constitucionalidad del programa de emergencia habitacional<sup>11</sup>.

En dichos precedentes, la alegación de la mayoría del Tribunal se apoyó en la cuestión de los recursos y las decisiones presupuestarias como un argumento para adoptar una posición marcadamente deferente de parte del Poder Judicial. Sin embargo el tribunal local omitió toda consideración específica del impacto presupuestario y de recursos en relación con dicho programa, tanto para sostener los aspectos del programa que sostuvo, como para invalidar constitucionalmente aquéllos que invalidó. El mito de los recursos quedó así agitado como un fantasma que campeaba amenazante como telón de fondo del fallo, pero que nunca se materializó en nada concreto.

Lo que resulta más significativo en todo el caso es que, en términos económicos, el impacto de la decisión en juego, en los recursos y el presupuesto público, era ínfimo. En un presupuesto anual de \$ 12.000.000.000 el presupuesto total anual del programa cuestionado era de \$ 25.000.000 (el 0,20%). En el mejor de los casos, las decisiones implicadas en los casos podrían impactar en un 25% del máximo presupuesto anual del programa, \$ 5.000.000<sup>12</sup>. Sin embargo, el TSJ no evaluó ni el impacto económico del mayor presupuesto que obligó a destinar (al declarar inconstitucional por regresiva la eliminación de la asistencia en

---

escasez que se afirme como dado, si algo ha demostrado la ciencia económica es que dicha escasez resulta del esquema o sistema institucional que organiza la economía y determina qué, cuánto y cómo se produce; es –en consecuencia– una escasez artificial, que puede ser modificada mediante el sistema institucional, lo que nos lleva, nuevamente a determinar sus obligaciones en la materia de acuerdo a la mejor teoría sobre los DESC, y no a invalidarlos.

11 Uno de los fallos –“Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (en adelante “AGT”)– resolvió una acción declarativa abstracta de inconstitucionalidad, interpuesta de conformidad con lo dispuesto por el art. 113 de la Constitución local, en la que se cuestionaban las reformas implementadas al programa en cuestión en 2008, por resultar regresivas para el derecho a la vivienda. En el otro caso –“Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo” (en adelante “Alba Quintana”)– se resolvió una acción individual en la que una persona beneficiaria del programa reclamaba la extensión de la cobertura económica originalmente prevista, luego de su vencimiento, en virtud de que su situación de emergencia habitacional continuaba. La CSJN revocó la doctrina general del TSJ, por evaluar que la política de emergencia habitacional de la Ciudad de Buenos Aires violaba derechos fundamentales de familias en situación crítica para preservar su dignidad moral (ver “Quisberth Castro” y precedentes asociados).

12 Para un análisis de la cuestión presupuestaria en este caso puede verse Asesoría General Tutelar (2011): *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las Políticas Públicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, pp. 196-201.

la búsqueda de soluciones sustentables) ni el impacto económico de lo que decidió que no ordenaría ampliar (al sostener la constitucionalidad de la exclusión de las personas con menos de 2 años de residencia en la ciudad).

Si se compara el impacto económico de lo que estaba en juego en dichos procesos –asociados a los componentes más básicos y desesperados de un derecho fundamental, no es ocioso repetirlo– con los casos de daños y perjuicios por responsabilidad del Estado, o los casos relativos a controversias contractuales entre el Estado y sujetos privados, o casos en los que se discuten diferencias salariales aplicables a toda una categoría de trabajadores, constitucionalidad de tributos, etc., resultaría bastante obvio para cualquier persona con conocimiento mínimo de la actividad jurisdiccional local que el impacto económico y presupuestario –el fantasma de los “costos” y las decisiones presupuestarias– no era para nada significativo, a la luz del volumen de casos y dinero que asigna el Poder Judicial en sus decisiones más ordinarias, incluso cuando no están en juego derechos fundamentales.

El caso debería haber ranqueado, claramente, como de impacto económico despreciable, y sin embargo el tema de las decisiones presupuestarias y la discusión acerca de la no sustracción de tales cuestiones por parte del Poder Judicial respecto de los órganos políticos fue expresamente considerado como un asunto de gravedad constitucional por el TSJ. El voto de los jueces Conde y Lozano, en “Alba Quintana”, expresaba con simpleza y claridad la visión de que “en ejercicio de sus propias competencias ni el Poder Ejecutivo (v.gr., art. 104, inc. 17, de la CCBA) ni el Poder Judicial (art. 106 CCBA) pueden asumir las elecciones privativas del Legislador. Solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos. Esa elección, en materia de vivienda debe observar las prioridades contempladas en el art. 31 de la CCBA así como aquellas otras que determine el legislador y resulten compatibles”. De hecho, el TSJ no hizo ningún análisis de la cuestión respecto del caso que analizaba.

Crucemos el océano, hasta Sudáfrica, y veamos el ejemplo prácticamente opuesto. En el caso “Minister of Health v. Treatment Action Campaign”<sup>13</sup>, la Corte Constitucional debía evaluar la constitucionalidad de un programa de prevención de VIH que era cuestionado por violar el derecho a la salud.

Ante la epidemia de VIH/SIDA existente en África, el Gobierno había diseñado un programa para prevenir la transmisión de madre a hijo de este virus,

---

13 “Minister of Health v. Treatment Action Campaign” (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC) (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC), Corte Constitucional de Sudáfrica, Julio 5, 2002.

ofreciendo gratuitamente la droga anti-retroviral Nevirapin. En el año 2000, el Gobierno anunció que introduciría el tratamiento contra la transmisión intrauterina únicamente en algunos lugares piloto (cada provincia debía elegir dos lugares en los cuales se proveería esta droga, excluyendo al resto) y que postergaría el inicio del tratamiento durante un año para el resto de Sudáfrica.

La organización Treatment Action Campaign (TAC) inició un reclamo constitucional denunciando la violación del derecho al acceso a la atención médica y exigiendo la creación de un programa que permitiera que la droga estuviera disponible en todo el país. El Tribunal ordinario falló a favor de TAC y ordenó que Nevirapin se pusiera a disposición de las madres infectadas que dieran a luz en las instituciones estatales, y que el gobierno presentara ante el tribunal un plan de extensión del suministro de la droga a todas sus salas de parto del país. El gobierno apeló la sentencia ante la Corte Constitucional.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional analizó –conceptualmente– si la cuestión de los recursos debía o no ser considerada relevante para determinar el contenido y el alcance del derecho a la salud, incluso en relación con el llamado “núcleo mínimo”. La respuesta de la Corte fue afirmativa; en Sudáfrica, la determinación del núcleo mínimo del derecho a la salud no es independiente de los recursos de que disponga el Estado<sup>14</sup>. Pero, luego de hacer eso, la Corte no saltó a la conclusión de que entonces el Poder Judicial debía abstenerse de intervenir estructuralmente respecto de programas o políticas públicas de salud, sino que se dedicó a analizar y evaluar el programa impugnado en términos constitucionales, incluyendo las implicancias económicas y presupuestarias de lo que estaba en juego.

Así, verificó que no existían impedimentos de costos que justificaran la restricción de la política pública o que impidieran su extensión, y analizó concretamente su razonabilidad y adecuación en cuanto al contenido del derecho a la salud, particularmente respecto de las poblaciones más vulnerables, concluyendo que la política impugnada era constitucionalmente injustificable.

Y no sólo eso; luego de evaluar la política pública y considerar que no resultaba aceptable en términos constitucionales, consideró que su capacidad no se limitaba dictar una sentencia declarativa. Concretamente, afirmó: “Rechazamos el argumento de que el único poder que esta Corte tiene en el presente caso es dictar una sentencia declarativa. Cuando la violación de cualquier derecho ha

<sup>14</sup> La cuestión de si los recursos son una variable que debe ser incorporada o no en el análisis del “mínimo” o “piso” de un derecho fundamental es harto discutible. Al respecto, puede verse la Observación General nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” (1990), E/1991/23.

tenido lugar, incluyendo un derecho social y económico, el tribunal tiene la obligación de asegurar que se garantice el alivio efectivo. La naturaleza del derecho vulnerado y la naturaleza de la vulneración servirán de guía en cuanto a la reparación adecuada en cada caso en particular. De ser necesario, puede incluir tanto la emisión de un *mandamus* y el ejercicio de supervisión jurisdiccional<sup>15</sup>.

De ese modo, resolvió el caso con diversas decisiones declarativas<sup>16</sup> y una serie estructural de órdenes de hacer dirigidas al Estado, en relación con las políticas públicas que debería organizar, modificar e implementar progresivamente<sup>17</sup>.

Ambas aproximaciones revelan entendimientos opuestos acerca de la implicancia que tiene para el reconocimiento y la efectividad de los DESC la dimensión presupuestaria. La aproximación sudafricana muestra el camino a seguir, para trabajar racionalmente, en la efectiva realización de estos derechos, en relación con casos estructurales relativos a obligaciones de hacer, reconociendo y siendo seriamente sensibles a las implicancias de tales derechos en términos de

15 Ibid., Cons. 106. Además, en considerandos subsiguientes la Corte agrega: "South African courts have a wide range of powers at their disposal to ensure that the Constitution is upheld. These include mandatory and structural interdicts. How they should exercise those powers depends on the circumstances of each particular case. Here due regard must be paid to the roles of the legislature and the executive in a democracy. What must be made clear, however, is that when it is appropriate to do so, courts may –and if need be must– use their wide powers to make orders that affect policy as well as legislation" (Cons. 113).

16 (Cons. 135) "It is declared that: a) Sections 27(1) and (2) of the Constitution require the government to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme to realise progressively the rights of pregnant women and their newborn children to have access to health services to combat mother-to-child transmission of HIV. b) The programme to be realised progressively within available resources must include reasonable measures for counselling and testing pregnant women for HIV, counselling HIV-positive pregnant women on the options open to them to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV, and making appropriate treatment available to them for such purposes. c) The policy for reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV as formulated and implemented by government fell short of compliance with the requirements in subparagraphs (a) and (b) in that: i) Doctors at public hospitals and clinics other than the research and training sites were not enabled to prescribe nevirapine to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV even where it was medically indicated and adequate facilities existed for the testing and counselling of the pregnant women concerned. ii) The policy failed to make provision for counsellors at hospitals and clinics other than at research and training sites to be trained in counselling for the use of nevirapine as a means of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV".

17 (Cons. 135, continuación) "3. Government is ordered without delay to: a) Remove the restrictions that prevent nevirapine from being made available for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV at public hospitals and clinics that are not research and training sites. b) Permit and facilitate the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV and to make it available for this purpose at hospitals and clinics when in the judgment of the attending medical practitioner acting in consultation with the medical superintendent of the facility concerned this is medically indicated, which shall if necessary include that the mother concerned has been appropriately tested and counselled. c) Make provision if necessary for counsellors based at public hospitals and clinics other than the research and training sites to be trained for the counselling necessary for the use of nevirapine to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV. d) Take reasonable measures to extend the testing and counselling facilities at hospitals and clinics throughout the public health sector to facilitate and expedite the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV".

recursos a la hora de resolver en concreto cuál es el contenido y el alcance del derecho involucrado en el caso bajo juzgamiento.

Una variante (también errada) del tipo de visión restrictiva sobre los DESC cuando involucran razones económico-presupuestarias es la argumentación consistente en señalar que cuando el caso tendrá impacto presupuestario y la cuestión planteada a los tribunales involucra decisiones de políticas públicas o asignación de recursos, el Poder Judicial no debería intervenir, por razones relativas a la división de poderes (y no ya a la existencia o no de verdaderos derechos en juego).

Constitucionalmente, esta clase de argumentos se recuesta en una (incorrecta) interpretación de la división de poderes, que terminaría excluyendo, casi por definición, la intervención del Poder Judicial de todos los casos de DESC en los que exista algún impacto económico asociado a la pretensión. No se diría ahora que los derechos terminan donde empieza el presupuesto, sino –en una ligera variación– que el Poder Judicial termina su intervención en relación con la efectivización de los derechos donde empieza el presupuesto.

Según esta interpretación de la separación de poderes, “el Poder Judicial no debe involucrarse en cuestiones relacionadas con la aplicación de los derechos sociales, porque ello implicaría dejar que la justicia tomase el lugar de los legisladores, que son los constitucionalmente encargados de resolver cuestiones que tienen que ver el presupuesto, (...) de este modo se quebraría el principio de división de poderes, con lo cual los riesgos de abusos de poder –que el sistema de separación quería evitar– se incrementarían”<sup>18</sup>.

Como consecuencia, es muy común que en esta lógica se afirme que el Poder Judicial se ha excedido de sus funciones, que interfiere con la política, que ha invadido la esfera de acción de los poderes políticos o que ha violentado el “esquema de frenos y contrapesos”.

Esta noción es equivocada. La institución constitucional de la separación rígida y formal de poderes fue derrotada y superada por la noción funcional de los “frenos y contrapesos”, según la cual cada una de las ramas de gobierno debe tener el poder suficiente para interactuar con el posible embate de las demás. La idea de “frenos y contrapesos” significa, desde un principio, fundamentalmente eso: la capacidad de mutua interferencia de un poder sobre otro, la

---

18 Gargarella, R., Maurino, G. (2010): “Vivir en la calle: El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal superior de Justicia de la Ciudad”, en *Asesoría General Tutelar: El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las Políticas Públicas*, Buenos Aires, Eudeba, p. 70.

idea de que cada poder cuenta con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás<sup>19</sup>.

Algo de esa concepción rígida y formal también está implicado en la aproximación de la mayoría del TSJ a los casos sobre el programa de emergencia habitacional, que terminaban en una posición de deferencia y abstención por parte del Poder Judicial. Otro es el camino que traba el caso Sudafricano, en el cual la Corte negó expresamente que el actuar de los jueces en este tipo de casos suponga una violación a la separación de poderes<sup>20</sup>.

Si el breve análisis precedente tiene sentido, los tribunales no tienen más opción que discutir sobre los recursos públicos y sus asignaciones en el marco de los casos judiciales sobre DESC –al menos cuando el Estado presente argumentos relativos a carencias económicas.

El presupuesto público, el análisis del presupuesto, resulta así un elemento clave para el Poder Judicial, un elemento clave para la efectividad de los derechos.

## **2. SEGUNDA PARTE: EL PRESUPUESTO EN EL LITIGIO DE DERECHOS SOCIALES**

El sistema procesal nacional y local y la práctica de litigio en nuestro país carecen aún de reglas y de “costumbres” forenses acerca de cómo incluir y analizar el impacto de los recursos y el presupuesto, tanto en la instancia de “conocimiento” como de “ejecución de sentencias” en los procesos (en particular, aquellos relativos a DESC, de dimensión colectiva y en los que se reclamen prestaciones de hacer).

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 70-71.

<sup>20</sup> Así lo afirmó en el cons. 98: “This Court has made it clear on more than one occasion that although there are no bright lines that separate the roles of the legislature, the executive and the courts from one another, there are certain matters that are pre-eminently within the domain of one or other of the arms of government and not the others. 41. All arms of government should be sensitive to and respect this separation. This does not mean, however, that courts cannot or should not make orders that have an impact on policy”. La Corte citaba además un luminoso precedente de años anteriores, el caso *Mohamed v. President of the RSA*, en la que se había afirmado: “Nor would it necessarily be out of place for there to be an appropriate order on the relevant organs of State in South Africa to do whatever may be within their power to remedy the wrong here done to Mohamed by their actions, or to ameliorate at best the consequential prejudice caused to him. To stigmatize such an order as a breach of the separation of State power as between the Executive and the Judiciary is to negate a foundational value of the Republic of South Africa, namely supremacy of the Constitution and the rule of law. The Bill of Rights, which we find to have been infringed, is binding on all organs of State and it is our constitutional duty to ensure that appropriate relief is afforded to those who have suffered infringement of their constitutional rights”. La doctrina señalada resulta sustancialmente idéntica a la celebrada doctrina de nuestra Corte Suprema en el caso “Verbitsky”, señalando la legitimidad constitucional de intervención judicial en las políticas públicas para remediar su falta de adecuación constitucional (conf. cons. 18).

Reseñaremos a continuación las circunstancias relevantes en que la cuestión de los recursos y el presupuesto tienen significación en el contexto de los casos relativos a DESC. Como se podrá apreciar, el planteo y el análisis específico de dichas cuestiones revela que, una vez superado el “mito” de la tensión entre derechos y presupuesto, la cuestión de los recursos tiende a perder la sobrecarga de “politización” que intuitivamente se le asigna.

## **2.1. LOS RECURSOS Y EL PRESUPUESTO EN LA ETAPA DE CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS**

### **a. El lugar adecuado de la consideración sobre el presupuesto y el impacto económico en la discusión sobre derechos sociales**

Constituye un lugar común en nuestra práctica jurídica la afirmación de que “los jueces no deben desentenderse de las consecuencias de sus decisiones al fallar los casos”, lo que ha sido denominado por Lorenzetti como el “paradigma consecuencialista” en la decisión judicial; afirmando que la “decisión obtenida en base a reglas y principios debe ser controlada mediante el examen de sus consecuencias, que incluyen los aspectos económicos y los sociales”<sup>21</sup>.

En la compleja tarea de interpretación jurídica aplicada a la resolución de causas concretas, dicho elemento es uno de los que deben incluirse en una práctica razonable de justificación de las sentencias.

Por supuesto, esta pauta genérica de interpretación es relevante para toda clase de casos (como que tiene décadas de vigencia) y para toda clase de consecuencias (tanto en relación con la situación de los litigantes, como en términos generales, a nivel institucional, económico, social, relativo a incentivos para la acción colectiva, etc.). Cuánto peso relativo cabe asignar a dicho análisis consecuencialista y cómo debe operar éste en la justificación de las sentencias es

---

21 Lorenzetti, R. (2006): *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 465. Asimismo, una muestra de la importancia que la Corte asigna al análisis de las consecuencias al momento de dictar sus sentencias es la Acordada Nº 36/2009, con clara impronta consecuencialista, la cual crea la “Unidad de Análisis Económico” (UAE), para funcionar en el ámbito de la Secretaría General de Administración. Se trata de una unidad técnica a la cual se le puede solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos de las sentencias del Tribunal. Sus funciones son: a) realizar los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante la Corte; b) suministrar los informes derivados de los estudios y evaluaciones respecto de cuestiones económicas; c) solicitar a los organismos competentes en la materia los informes que se estimen necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y d) asistir, en la órbita de éstas, al Secretario General de Administración en las solicitudes que dicho funcionario le formule.

algo que los tribunales no han construido de manera sistémica sino más bien intuitiva y ocasional. De todos modos, lo cierto es que los litigios que estamos considerando no agregan ni quitan nada respecto de este punto tradicional de nuestra doctrina judicial.

Donde los casos sobre DESC resultan particularmente significativos es en cuanto a la vinculación conceptual, que ya mencionáramos, acerca de su realización progresiva en el marco del máximo de los recursos disponibles para el Estado. Sobre este punto resulta significativa la identificación de cuatro cuestiones:

- **¿En qué medida el contenido, el alcance y el grado de realización de los DESC están relacionados con la disponibilidad de recursos?**

Tal como el caso sudafricano revela, diversos aspectos del contenido nuclear o periférico de los DESC pueden resultar determinados, en los casos concretos, en relación con los recursos disponibles en el Estado. Dicho nivel de recursos disponibles puede ser un elemento relevante para el análisis en los casos concretos acerca de qué tipo de “deberes prestacionales” están comprendidos en las llamadas obligaciones satisfacción (*fulfill* en inglés) cuando exista una controversia acerca de ellas.

En tales casos, los tribunales deben realizar un análisis de “razonabilidad” o “proporcionalidad” en los que se evalúen. Para dicho análisis, deberían tenerse en cuenta los siguientes elementos y parámetros:

- Los principios y valores que justifican y dan existencia a los derechos en juego;
- El tipo de deberes que deben considerarse como nucleares para su vigencia fundamental;
- La clase de restricciones que el Estado pretende imponer por razones relativas a recursos (y que son materia de controversia);
- El nivel de “escasez” que el Estado invoca;
- El procedimiento y las razones mediante los cuales se instrumentaron tales restricciones.

Los elementos referidos deben ser ponderados por el tribunal a fin de evaluar la “razonabilidad” o “proporcionalidad” de la restricción estatal o, lo que

es lo mismo, el alcance y el contenido concreto que se reconocerá al derecho involucrado.

A mi juicio, ese test de razonabilidad o proporcionalidad deberá instrumentarse con mayor severidad cuando:

- La restricción alcanza alguna prestación que el análisis de principios revela como especialmente importante para la "esencia" de los derechos en juego;
- La exclusión impacta especialmente en grupos desfavorecidos, constitucionalmente protegidos contra la discriminación;
- La información económica no es sustanciosa;
- La restricción no resulta de una ley formal sino de actos del Ejecutivo, o de meras prácticas de facto.

Resulta aquí interesante recordar lo afirmado por Corti en su obra en la materia: "El grado de institucionalización de una estructura administrativa o, en general, de un órgano, así como el grado de desarrollo de la actividad estatal dependen de manera directa de las decisiones presupuestarias. Luego, si el grado de ejercicio de un derecho depende de la existencia de estructuras institucionales adecuadas y de una actividad pública adecuada, entonces también depende de decisiones presupuestarias. Si la Ley de Presupuesto es una ley que reglamenta el ejercicio de los derechos fundamentales, entonces la condicionabilidad presupuestaria de los derechos no es de por sí una aberración constitucional (...). La importancia superlativa de la razonabilidad radica ahí: dado que el ejercicio de los derechos depende de una serie de pasos, ellos deben sucederse de manera razonable. Las diversas condiciones infraconstitucionales (normativas, organizativas y ejecutivas) deben ser adecuadas para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales. La Ley de Presupuesto, como toda reglamentación, debe ser razonable y, por lo tanto, judicialmente controlable. Es más, puede sugerirse (...) que ella debe ser cuidadosamente controlada a través de un *escrutinio estricto*, porque a diferencia de las reglamentaciones habituales, que en general se refieren en forma acotada a un derecho, la Ley de Presupuesto incide en el sistema de los derechos fundamentales en cuanto tal"<sup>22</sup>.

Cuando ante un reclamo de derechos el Estado argumentara que debe adoptarse una interpretación restrictiva sobre su alcance, en virtud de que sufre es-

---

22 Corti, H.: Op. cit., pp. 789-790.

casez de recursos, el test de razonabilidad que debe aplicarse en estos casos es más exigente que como habitualmente se lo entiende<sup>23</sup>.

Debemos exigir del Estado que esgrima razones públicas para fundamentar sus acciones u omisiones. Estas razones no pueden ser vaguedades o generalidades, sino un debido ejercicio explicativo y justificatorio sobre sus decisiones, incluyendo explicaciones de la manera en que sus acciones honran (y no alteran) los principios, los derechos y las garantías constitucionales.

- **Cómo debe asignarse la carga procesal de invocar, argumentar y probar la restricción o limitación del contenido o el alcance de DESC por razones relativas a recursos.**

Una vez que el mito de la exclusiva competencia de los poderes políticos para la cuestión presupuestaria o relativa a la distribución de los recursos, y reconocida la relación entre los DESC y dichos recursos, la cuestión económica solamente resulta relevante respecto de los DESC, su contenido, su alcance y su efectividad cuando se activa una discusión acerca de la escasez.

Esta cuestión sólo debe ser considerada por los tribunales ante un reclamo en el que la pretensión *prima facie* quedara amparada por el contenido pretendido para el derecho en cuestión, si el Estado la articula en tiempo y forma.

Acerca del tiempo oportuno, éste no puede sino ser el momento de contestar la demanda –si se trata de una cuestión de escasez concomitante con la pretensión– o cuando dicha situación se presente –si fuera sobreviniente. Cuando el Estado no cumple esta carga de invocar oportunamente la cuestión y lo hace tarde –en la instancia de apelación o de ejecución de sentencia– sin justificación alguna, entonces corresponde que el escrutinio de su invocación sea intenso y riguroso, pues lo más previsible será que dicha invocación resulte construida como un ejercicio *ad hoc* tendiente a sobre-sensibilizar al Poder Judicial en su intervención, antes que a plantear una genuina dificultad derivada de la escasez de recursos.

Lo más relevante, por supuesto, está dado por las condiciones sustantivas que debe tener el planteo para merecer una consideración seria por parte de los tribunales. El Estado debe argumentar, respaldado en acreditaciones efectivas, por lo menos lo siguiente<sup>24</sup>:

23 Por un análisis general del principio de razonabilidad en su funcionamiento constitucional ver: Maurino, G. (2011): "El artículo 28. Hacia una República basada en razones", en Gargarella, R. (coord.), *La Constitución 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 309-315.

24 Corti, H.: Op. cit., coincidentemente afirma: "[L]a limitación de recursos debe ser oportunamente alegada y probada en el litigio, sin que sean suficientes las consideraciones genéricas o puramente jurídicas. Se trata de

1) Cuál es el impacto económico-presupuestario previsible de la pretensión analizada.

2) Cuáles son los recursos que tiene asignados para dicho ámbito de acción estatal –de acuerdo con las leyes y las decisiones presupuestarias relevantes.

De este cotejo debería surgir con toda evidencia una “escasez *prima facie*” (basada en la previsión presupuestaria concreta) para satisfacer la pretensión con los recursos corrientes presupuestados. Éste es un primer filtro, sin el cual ni siquiera debería avanzar la consideración de la alegación de escasez económico-presupuestaria.

Sin embargo dichos elementos, aun cuando fueran acreditados, no resultarían suficientes para amenazar la efectividad de los DESC, pues lo único que acreditarían –eventualmente– es que el Estado no tiene previsto realizar dicho derecho, y no que no tenga posibilidades. De hecho, lo que motiva el caso –por definición– es la resistencia del Estado a satisfacer la pretensión que se estima protegida por un derecho.

Para que la argumentación de la escasez económico-presupuestaria avance resulta insuficiente que el Estado acredite o demuestre que no ha previsto recursos, obviamente.

El Estado debe demostrar:

3) Que ha destinado a los derechos en general, y al derecho relevante en el caso en particular, el máximo de los recursos disponibles, compatibles con los requerimientos de funcionamiento razonable del Estado y la prioridad que obligatoriamente debe asignarse a la protección, la garantía y el cumplimiento de los derechos humanos.

El Estado que pretenda resistir una demanda de derechos basado en el argumento de que tal derecho no debería tener el alcance postulado en la demanda, dado que existe un problema de escasez económico-presupuestaria, debe mostrar que carece de posibilidades realistas de reordenar sus decisiones y priorizaciones presupuestarias a fin de satisfacer dicho contenido del derecho.

Ciertamente ésta es una carga pesada de cumplir. El Estado necesitará respaldo documental, apoyo de expertos en finanzas públicas, etc., sólo para empezar. Es más, salvo casos de situaciones agudas o extremas de emergencias económicas lo más probable es que resulte imposible para Estados como el nuestro realizar seriamente este tipo de argumentaciones. Pero si ello es así, resulta exclusivamente de que lo que está en juego es el contenido y el alcance de

derechos humanos que el Estado está constitucional e internacionalmente obligado a satisfacer, salvo cuando su propio funcionamiento resultara imposible o seriamente debilitado si destinara más recursos a tal finalidad.

Por si es que hiciera falta decirlo, la satisfacción de derechos sólo podría ser postergada, por razones económicas, si dicha satisfacción implicara la lesión —más grave o más extendida— a otros derechos, o la amenaza a la preservación institucional del Estado, su soberanía, su participación plena en la comunidad de naciones, etcétera.

En suma, lo que el Estado debe acreditar son los conocidos límites relativos al “orden público” o el “conflicto de derechos”, que pueden, llegado el caso, justificar el sacrificio de un derecho *prima facie*. Cuando dichos límites se postulan como generados por situaciones de escasez económica, corresponderá al Estado —como siempre— acreditar que tales graves y fundamentales intereses estatales están en juego y se ven comprometidos<sup>25</sup>.

Cuando ello no ocurra, la determinación del contenido y el alcance del derecho en cuestión y la solución al caso se deberán tomar sin consideración de límite alguno sobre la base de la cuestión de los recursos.

- **Cuál es el nivel de amplitud y generalidad con el que debe analizarse la cuestión de los recursos en relación con la restricción al contenido de los derechos.**

Puestos a considerar seriamente la cuestión de la escasez de recursos, tiene sentido considerar qué tipo de análisis resulta pertinente. Hay dos clases de

25 Abramovich y Curtis: Op. cit., coincidentemente se inclinan hacia una inversión de la carga de la prueba y un escrutinio estricto de la misma. Así, los autores afirman:

“Por ello, la prueba de que una ley es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta (...).

Desde el punto de vista procesal, corresponde entonces al demandante demostrar en un primer paso el carácter regresivo de la norma, verbigracia acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable a partir de su potencialidad protectoria de otros derechos. Sin embargo, las posibilidades de prueba del Estado no son libres, ni mucho menos. En cuanto al estándar de interpretación, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, corresponde al juez emplear el criterio denominado en interpretación constitucional escrutinio estricto (*strict scrutiny*): la carga de demostración de la administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. La situación guarda analogía con las denominadas categorías sospechadas en caso de discriminación (...): la ley se presume inválida y corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción”. En “Quisberth Castro”, el juez Petracchi adoptó un criterio de inversión de la carga probatoria y escrutinio escrito para con el Estado. La mayoría no realizó un argumento expreso en el mismo sentido, pero en los hechos adoptó un punto de vista cercano (una especie de escrutinio intermedio), en la medida que evaluó la razonabilidad de la política pública, sin presuponerla, ni analizar si los reclamantes habían probado su irrazonabilidad.

cuestiones relevantes a la hora de organizar la presentación y la evaluación de un argumento de escasez económica, y ambas se relacionan con las dinámicas presupuestarias.

En primer lugar, el análisis puede proyectarse a cualquiera de los cuatro componentes típicos de la política presupuestaria en cuanto a la “máxima disponibilidad de recursos” para cumplir las obligaciones relativas a los derechos humanos, a saber –y yendo de lo más concreto a lo más genérico. En otros términos, la discusión sobre el alcance de los DESC ante una discusión sobre escasez de recursos puede desarrollarse en relación con uno o varios (incluso todos) de los elementos que conforman la definición presupuestaria de la gestión de los DESC:

- a) Ejecución de los gastos presupuestados<sup>26</sup>;
- b) Alocación y distribución de gastos en el presupuesto<sup>27</sup>;
- c) Previsión y gestión de la obtención de los recursos<sup>28</sup>;
- d) Definición del marco fiscal<sup>29</sup>.

Por otro lado, no resulta del todo claro si dicho análisis debe quedar contenido en la evaluación económica de la política o la práctica específica respecto de la cual se produce el litigio; si debe comprender el desempeño general del Estado en referencia a el o los DESC involucrados en el caso y los recursos destinados; o si, por el contrario, demanda una evaluación del desempeño global-agregado del Estado en relación con todos los DESC o todos los derechos humanos y su reflejo económico presupuestario.

---

26 Cuestiones como la “subejecución presupuestaria” o la “reassignación presupuestaria” que distrae recursos de la prestación de derechos a otros fines, o la ineficiente o dispendiosa ejecución de los recursos; que son típicas en nuestro Estado, resultan lisa y llanamente incompatibles con una alegación seria de escasez presupuestaria para condicionar el contenido o el alcance asignables a los DESC.

27 Incluso cuando el Estado gastara todo lo que decidió gastar, si su asignación presupuestaria de prioridades no es consistente con los estándares y principios de derechos humanos, la conducta estatal no satisface el estándar de razonabilidad. Ello puede ocurrir, claramente cuando las asignaciones resultan interanualmente regresivas, o revelan una priorización subalterna de los derechos humanos frente a finalidades públicas de agendas de desarrollo o bienestar general no relativas a contenidos fundamentales de derechos humanos, o cuando se identifiquen impactos o resultados discriminatorios (p. ej., geográficamente discriminatorios) en tales asignaciones, etcétera.

28 La ineficiencia de los mecanismos de recaudación tributaria, imputables al Estado, o la existencia de una estructura tributaria regresiva, que libera de contribución a los recursos estatales a quienes están en mejores condiciones de realizar dicho aporte tributario constituyen fallas estatales en su deber de disponer el máximo de los recursos disponibles a la protección de los DESC, frente a las cuales podrían caer las argumentaciones de escasez.

29 Incluso cuestiones tales como las definiciones “pagar deudas vs. asumir un déficit fiscal”; o el impacto constitucional de la fijación de techos para déficits presupuestarios cuando ello implica una frustración de prestaciones sociales básicas, etc., pueden impactar en la discusión acerca de la escasez económica y los DESC.

Este punto fue brevemente considerado por la mayoría del TSJ en relación con el principio de progresividad en los casos sobre vivienda, aunque la respuesta elegida fue inadecuada: los jueces que analizaron la cuestión sugirieron que el análisis de progresividad debía realizarse de manera agregada-global, en cuanto al cumplimiento de todos los derechos<sup>30</sup>. Dicho análisis resulta en realidad prácticamente imposible y conceptualmente inconducente a fin de evaluar el contenido o el alcance normativo que debe asignarse a un DESC en relación con un caso en particular en el que se discute la obligación estatal pertinente.

De hecho, el propio TSJ, luego de realizar dicha afirmación, procedió a evaluar la constitucionalidad de la normativa estatal en lo referido al contenido del derecho en juego, en el caso concreto, y utilizó el análisis de “progresividad –no regresividad” proyectado sobre la situación particular del derecho en relación con la política cuestionada, tanto para sostener como para derrotar constitucionalmente diferentes aspectos de dicha política.

Si respecto de la “progresividad” resulta problemático y carente de utilidad efectiva el análisis global, en relación con la “escasez económica” y la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles (correlativamente, la excepción a postergar la satisfacción de un DESC por razones de escasez económica) es obvio que la evaluación acerca de si existe o no una vulneración de tales principios no puede sino enfocarse en el caso concreto que se está evaluando – es decir, la política, norma o práctica desafiada y el DESC cuya protección se reclama en su proyección concreta en dicha política, norma o práctica.

El Estado debe argumentar que cumplir la pretensión concreta que resulta litigiosa le ocasionará un desequilibrio presupuestario (que no tiene de dónde sacar para gastar, que resultaría contraproducente reordenar las asignaciones, que no resulta previsible la obtención de más recursos, que para hacerlo debería cambiar el balance fiscal de manera insustentable, etc.). Sólo proyectada sobre el caso concreto y las implicancias de cómo entender el alcance del DESC en ese caso, dicha discusión resulta seria, racional y pertinente. Ese fue, en efecto el nivel de análisis que adoptó la Corte Suprema en “Quisberth Castro”.

---

30 En su voto, los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano dijeron: “En esa línea, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del a quo, sino que debe serlo globalmente para toda la población. Tampoco cabe pensar separadamente los derechos contemplados en el PIDESC sino que hay que pensarlos en conjunto, según se desprende de que los recursos disponibles lo son para el conjunto. La tan citada OG3 al analizar el concepto de progresividad y regresividad relaciona esas calificaciones con el conjunto de medidas y de derechos alcanzados por las previsiones del PIDESC en función del máximo de recursos disponibles (ver puntos 9 y 10)”.

**Conclusión: El reflejo presupuestario –y la utilidad del análisis presupuestario– para analizar la razonabilidad de una limitación del contenido y alcance de DESC por razones económicas.**

Lo dicho hasta aquí revela claramente que la cuestión de la escasez de recursos como posible argumento justificatorio de una interpretación restrictiva del contenido o el alcance de los DESC en el marco de un proceso judicial, lejos de constituir una clase de argumentación *a priori*, genérica, relativa a la distribución o la división de funciones entre los distintos poderes del Estado, inasible para el lenguaje o las técnicas de interpretación jurídica y para el conocimiento del Poder Judicial, resulta perfectamente administrable en el marco de las herramientas y las prácticas interpretativas, argumentales y probatorias de nuestra práctica jurídica.

Una vez que se dejan atrás los mitos y los malentendidos conceptuales y políticos, resulta simple y claro determinar qué, cuándo y cómo debe discutir un Estado que pretendiera controvertir el contenido o el alcance de un DESC utilizando argumentos relativos a la escasez o la restricción de recursos para su satisfacción inmediata.

La herramienta por excelencia para conducir esta discusión es el análisis aplicado al presupuesto del Estado en cuestión –de sus gastos, sus asignaciones y priorizaciones, sus recursos, etc. El presupuesto es algo así como un mapa esquemático del desempeño del Estado en relación con los recursos de que dispone o podría disponer, utiliza o podría utilizar, carece o podría carecer, para cumplir su función básica de asegurar proteger, respetar y hacer efectivos los derechos humanos.

Como veremos a continuación, el presupuesto resulta también una herramienta especialmente valiosa para controlar y asegurar el cumplimiento de las sentencias que obligan al Estado a hacer efectivos los DESC, particularmente cuando involucran prestaciones de hacer con significación económica.

## **2.2. LOS RECURSOS Y EL PRESUPUESTO EN LA INSTANCIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE LOS PROCESOS**

Comencemos recordando una obviedad: La normativa procesal argentina –nacional y local– en materia de ejecución de sentencias de hacer es vetusta en su concepción, escasa en su institucionalidad y disfuncional en su operatividad.

Las normas procesales siguen aún hoy diseñadas para encausar la ejecución de sentencias relativas a cobro de dinero o de prestaciones simples y fungibles

(que cuando no se pueden efectivizar también son transformables, como remedio, en indemnizaciones dinerarias). Del mismo modo, el sistema de ejecución está diseñado bajo el paradigma del “deudor/condenado” privado, individual, implícitamente autorizado a resistir o evadir el cumplimiento de la sentencia, sin más costo que el de pagar intereses y quedar “sometido” al embargo o remate de bienes, pero sin deber jurídico alguno de cooperar con el cumplimiento, ni consecuencia sancionatoria alguna por su eventual conducta al respecto<sup>31</sup>.

En relación con los DESC, particularmente en los casos colectivos y relativos a pretensiones de hacer, las circunstancias son radicalmente diferentes:

En primer lugar estos casos generalmente no involucran pretensiones dinerarias ni fungibles. El contenido de los DESC, en cuanto a las “obligaciones prestacionales que forman su contenido derivan típicamente en reclamos de conductas de ‘hacer’, que son –generalmente– irremplazables por dinero, o respecto de las cuales la indemnización sustitutiva eventual funcionaría más como ‘consuelo’ que como ‘reparación’, dejando consumada la vulneración”<sup>32</sup>.

Esta circunstancia es especialmente clara con el caso de los derechos que tienen dimensión colectiva por estar asociados a la preservación o gestión de un “bien público” o “bien colectivo” en términos de “Halabi”, pero se mantiene incluso cuando la vulneración tuviera la dimensión de una afectación a derechos “individuales homogéneos no patrimoniales”. Sólo respecto de derechos que se configuran en relación con la afectación de que se trate como individuales homogéneos con dimensión principalmente patrimonial entonces el esquema clásico puede encauzar las respuestas de cumplimiento a través de las instituciones relativas al cobro de dinero<sup>33</sup>.

A su vez, el contenido de los DESC, y su relación con el respeto de la dignidad moral fundamental del ser humano, suele determinar la “no fungibilidad” de las prestaciones debidas. Incluso cuando materialmente pudiera concluirse que cierta prestación sustituta satisface el mismo valor que la debida por el Estado, el hecho de que el Estado niegue el deber prestacional pertinente permanece

---

31 Este panorama hace aun más incomprensible el hecho de que los tribunales y las partes tiendan a aceptar estoicamente las actitudes evasivas y dilatorias de los condenados/obligados en relación con el cumplimiento de las sentencias, sin activar en dicha instancia las herramientas ordenatorias/sancionatorias previstas por la legislación procesal de manera genérica para contrarrestar conductas procesales, que sólo parecerían reservadas a la etapa de conocimiento, para casos de abuso de la potestad recursiva, etcétera.

32 La pretensión relativa a la modificación estructural de una política pública de prestación de un servicio con contenido DESC –salud, educación, etc.– no se cumpliría si el Estado indemnizara a las víctimas pero continuara con ella hacia el futuro.

33 Por ejemplo respecto de casos asociados al derecho a la salud, vinculado con prácticas de restricción al acceso en virtud de un cobro ilegal de cánones en hospitales públicos, etcétera.

como una vulneración a la dignidad de las víctimas, generando probablemente una dinámica discriminatoria en cuanto al acceso a dicho deber prestacional<sup>34</sup>.

Finalmente, el hecho de que el obligado-condenado sea el Estado, que tiene deberes constitucionales insustituibles e indelegables de obrar conforme a derecho, de tratar a los habitantes con respeto por su dignidad e igualdad moral, etc., determina que las expectativas jurídicas de su comportamiento procesal deban ser radicalmente diferentes de las que se tienen en relación con un deudor privado condenado a pagar una suma de dinero. Resulta llamativo que la comunidad jurídica tienda incluso a ser más benévola –en el sentido de aceptar resignadamente su inconducta respecto de las órdenes judiciales– con el Estado y sus funcionarios públicos, especialmente los de mayor autoridad, que con un deudor privado remiso a cumplir una sentencia; cuando en el primer caso el alzamiento contra el derecho y la Constitución resulta cualitativamente de mayor gravedad institucional.

En este contexto, la ejecución de sentencias definitivas o cautelares relativas a casos colectivos sobre DESC, especialmente aquellos vinculados con prestaciones de hacer, puede tener en las herramientas presupuestarias una valiosa vía para organizar, controlar, hacer operativo y dotar de racionalidad dichos procesos, sobre los que en última instancia recae la expectativa sobre el Poder Judicial como garante último de tutela efectiva de los derechos. En esta sección vamos a reseñar algunas de las funcionalidades de estas herramientas.

### **a. La organización del cumplimiento de las sentencias**

Cuando el deber impuesto en la sentencia se refiere a otorgar una prestación ya regulada, organizada e implementada –como un tratamiento médico, un programa de transferencia de ingresos, asignar vacantes en escuelas, etc.–

---

34 Imaginemos el caso de que una comunidad determinada –generalmente vulnerable– no recibe servicio de atención médica de parte del sistema público (no hay servicios de atención primaria disponibles para dicha comunidad, como sí lo hay para otras de la ciudad). El eventual remedio, consistente en que el Estado entregue dinero a las víctimas para que puedan “comprar” en el mercado la atención que el Estado no brinda –y por hipótesis, decide que no brindará– si bien empíricamente podría remediar el problema de acceso a las prestaciones, mantiene en medida significativa el insulto a la dignidad asociado con la conducta de vulneración del DESC, tal que la respuesta no recompone de manera integral la vulneración. Como se ve, el punto que señalamos resulta más claro cuando la violación del DESC se vincula con una práctica de impacto discriminatorio, aunque –como sabemos– eso suele ser lo que generalmente ocurre con las vulneraciones de los DESC, y por eso los órganos internacionales enfatizan en las observaciones generales la prioridad que debe asignarse a la situación de los grupos más vulnerables, y el estándar de no discriminación como uno de los elementos clave, junto con la progresividad, y la asignación del máximo de los recursos disponibles.

la cuestión de la ejecución resulta operativamente simple (más allá de que el Gobierno pueda intentar retrasar su cumplimiento).

Pero el tema puede resultar más complejo cuando se trata de la implementación de una política establecida, garantizada, comprometida y definida de manera concreta, aunque sin ejecución; o de modificar estructuralmente una política concreta, en curso de ejecución, y más aún si la orden implica la creación –diseño e implementación– de una política para remediar un estado de cosas violatorio de derechos o la implementación de una política definida sólo genéricamente (evaluar el estado de los edificios escolares y arreglarlos, abordar el déficit estructural de vacantes escolares, regularizar la representación política en villas, etc.).

En esta clase de casos resulta fundamental que exista un “plan de cumplimiento” expreso elaborado por la parte condenada, cuyo seguimiento pueda realizarse, y respecto del cual existan herramientas de rendición de cuentas, y mecanismos de seguimiento<sup>35</sup>.

A tal efecto, las dinámicas presupuestarias son de gran valor. Es previsible pensar que la implementación de la sentencia tendrá “rastros o reflejos presupuestarios” –ya sea en el diseño de las asignaciones, o en la organización efectiva del gasto. Cuando la implementación de la sentencia puede tener previsiblemente estos rastros presupuestarios, la organización de su cumplimiento debería realizarse proyectándose sobre la dinámica presupuestaria.

De este modo, la ejecución de la sentencia debería incluir el deber estatal (del Ejecutivo y del Legislativo) de tener en cuenta el deber derivado de la sentencia en el proceso de planificación y decisión presupuestaria (para organizar las previsiones pertinentes), así como en el de ejecución (para realizar las asignaciones pertinentes, vía administrativa o legislativa).

La anticipación y organización presupuestaria es relevante y útil para esta clase de casos pues la dimensión previsiblemente plurianual de la implementación de las sentencias que estamos considerando demanda dicha organización; no sólo como una buena práctica, sino también para anticipar y neutralizar eventuales alegaciones relativas a “imposibilidades” de cumplimiento coyunturales, que derivan en realidad de falta de previsión organizativa y anticipación presupuestaria.

---

<sup>35</sup> La presentación de un “plan de cumplimiento”, con indicadores concretos de avance y mecanismos de seguimiento no es utilizada por la justicia de la Ciudad, lo que ocasiona muchas y graves complicaciones durante el proceso de ejecución, con interminables discusiones tan sólo para establecer si existe una falla en el cumplimiento de la sentencia.

Las partes involucradas y los tribunales, cuando aquéllas no lo hacen, pueden construir una mejor organización para el proceso de ejecución de estas órdenes si proyectan y aseguran la identificación oportuna del reflejo presupuestario, o el rastro presupuestario, que recorrerá dicha sentencia.

Por supuesto, este elemento de organización puede activarse tanto mediante órdenes de información (“informe en qué partida/s presupuestaria/s está comprendido el cumplimiento de la sentencia, si es que ello no resulta de la gestión ordinaria de la dependencia pertinente”; “hágase saber a la comisión legislativa pertinente la obligación impuesta en la sentencia a fin de que lo tome en consideración en oportunidad de la discusión presupuestaria”, etc.) como mediante la imposición de obligaciones de conducta específicas relativas a la planificación y gestión presupuestaria (“identifique en el proyecto de ley de presupuesto las partidas mediante las cuales se cumplirá la sentencia”, “informe cuál es el costo estimado de cumplir la sentencia en el año, y de qué manera lo ha previsto en el presupuesto”, etc.).

### **b. El control del cumplimiento de la sentencia**

El reflejo presupuestario es un elemento de gran ayuda para llevar adelante el control del cumplimiento de sentencias. Tanto en relación con los casos con significación presupuestaria directa tal que dan lugar a previsiones, asignaciones o reasignaciones específicas, como respecto de aquellos en los que dicha significación resulta menor –dando lugar sólo a gastos corrientes enmarcados en las previsiones y las asignaciones generales; siempre que la conducta ordenada en la sentencia se traduzca en actos con reflejo presupuestario verificable, los sistemas de gestión financiera de los Estados modernos resultan una herramienta de información de gran utilidad para la fase de seguimiento y control de las sentencias.

En tal sentido, la identificación de indicadores relativos al rastreo presupuestario del caso, que puedan monitorearse sistemática y periódicamente, agrega enorme confiabilidad y previsibilidad al caso, y constituye un valioso elemento de “alerta temprana” respecto de eventuales dinámicas de desaceleramiento en el cumplimiento, así como de identificación de la naturaleza y el impacto eventual de dificultades de cumplimiento.

Por supuesto, cuanto mejor (más clara y precisa en su reflejo presupuestario) haya sido la “organización” del cumplimiento de la sentencia, mayores serán las posibilidades de control y seguimiento. Pero aunque la sentencia se

haya comenzado a cumplir sin previsiones concretas, la identificación de indicadores y el suministro de información pública relativa a ellos pueden hacerse en cualquier momento.

Los Estados modernos, y la ciudad de Buenos Aires no es una excepción, tienen sistemas de control en tiempo prácticamente real de la asignación, ejecución y efectivización de la aplicación de los recursos, lo que permite una rendición de cuentas relativamente continua y actualizada de aspectos concretos de la gestión financiera.

El seguimiento presupuestario de las sentencia también constituye una herramienta de gran precisión y utilidad para identificar el grado de facilitación u obstrucción “política” al cumplimiento de las órdenes judiciales. Ello es así por cuanto la concreción efectiva de los gastos, así como la organización de reasignaciones administrativas de partidas y prioridades, tiene un procedimiento reglado que asigna potestades concretas a distintos niveles de funcionarios para los distintos tipos de actos de ejecución presupuestaria (emisión de órdenes de pago, autorización para activar la ejecución de un gasto directo o una contratación, reasignación de partidas, etc.).

De tal modo, el rastreo presupuestario brinda un mapa muy fiel del nivel de decisión en el que se activa o frena la ejecución de las sentencias; a la vez que permite identificar a la autoridad administrativa específica que tiene la función y potestad para realizar la acción necesaria para la implementación de las actividades conducentes a la implementación de la sentencia.

En este sentido, la experiencia revela la enorme utilidad que tiene para el proceso de cumplimiento de las sentencias la participación de funcionarios específicos de las dependencias administrativas sujetas a la implementación de la sentencia junto con los funcionarios del órgano constitucional de patrocinio del Estado, que no tienen relación alguna con la gestión administrativa y no pueden por lo tanto operar como interlocutores informados para el seguimiento y el control de las ejecuciones.

Cuando participan del proceso –especialmente en dinámicas de audiencias de seguimiento de la ejecución de sentencias– funcionarios técnicos o asesores políticos de la dependencia involucrada en la solución de la vulneración, ellos pueden identificar precisamente el tipo de actividad presupuestaria que finalmente abre o cierra el avance en la ejecución, así como el funcionario que tiene potestad para dichos actos, los tiempos que dichas acciones demandan en la dinámica operativa estatal, etc.; lo cual amplía significativamente la efectividad del seguimiento de la sentencia y ayuda a identificar concretamente los

obstáculos políticos –y también los meramente burocráticos– a la implementación, que de otra manera permanecen ocultos y por lo tanto imposibles de destrabar con la sola intervención de los representantes procesales del Estado.

### **c. La efectivización del cumplimiento**

Una buena organización y un buen seguimiento contribuyen en gran medida a una mejor efectivización del cumplimiento. Pero, por las razones apuntadas al comienzo de esta sección, todavía es esperable que en buena parte de los casos colectivos, relativos a prestaciones de hacer, de significación presupuestaria alta, con alguna complejidad y de interés político para los actores institucionales, el compromiso del Estado con el cumplimiento resulte insuficiente –por decir lo menos–.

Cuando esto ocurre, las dinámicas presupuestarias ofrecen alternativas útiles para afrontar algunas de las dificultades que se plantean. En relación con esta cuestión, diversas herramientas disponibles pueden ayudar a fortalecer la protección de las víctimas-afectados por el incumplimiento, y contrabalancear los incentivos que pueda tener el Estado condenado-incumplidor para demorar o evitar el cumplimiento.

Uno de los desafíos para el incumplimiento consiste en asegurar la disponibilidad de recursos, para asegurar que cuando el resto de dificultades sean superadas, la cuestión económica no genere otras adicionales<sup>36</sup>.

Cuando dichos recursos están presupuestariamente identificados al momento en que las dificultades de ejecución comienzan<sup>37</sup> resulta siempre valioso adoptar medidas de preservación de esas previsiones presupuestarias o de los recursos ya concretamente afectados por la Administración.

En tal sentido, resultan herramientas generalmente idóneas algunas como las que mencionamos a continuación. Por ejemplo, las órdenes de no innovar en la decisión presupuestaria pertinente (puras y simples, o condicionadas a autorización judicial previa, fundadas en razones de emergencia, etc.). También pueden utilizarse las órdenes de embargo o de no innovar en la utilización de recursos que ya estuvieran administrativamente comprometidos en rela-

---

36 Diversos tribunales del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad han empleado estas herramientas, y algunas experiencias han sido reseñadas en los documentos de trabajo de esta iniciativa, a los que nos remitimos.

37 Ya sea porque existe una previsión específica, o porque el Estado ha identificado las partidas en las cuales computará el cumplimiento, o más aún cuando la previsión presupuestaria ya se concretó en ejecución efectiva mediante la autorización del gasto específico, todavía no efectivizada.

ción con la sentencia, y bancariamente identificados, cuando el proceso de aplicación de fondos tuviera la suficiente concreción. El mandato de preverionar o re-preverionar presupuestariamente los recursos pertinentes con el objetivo de que el fin del ciclo presupuestario no desvanezca las garantías de recursos necesarios, o la realización de comunicaciones informativas a la legislatura relativas a la obligación existente y en curso de cumplimiento, son otras medidas en el mismo sentido.

Cuando la ejecución de la sentencia no tiene inicialmente una previsión presupuestaria el camino de garantización de los recursos requiere la adopción de medidas tendientes a producir dicha afectación. Al respecto, resultan conducentes las órdenes de ejercer las atribuciones legales de reasignación con que cuenta la Administración dentro del ciclo de ejecución presupuestaria –que tienen un techo del 5% como mínimo, incluso cuando no median leyes de emergencia que otorguen facultades presupuestarias extraordinarias; o de activación de la iniciativa legislativa que corresponde al Ejecutivo tendiente a que el Poder Legislativo realice modificaciones a la ley en curso (o dé información de la situación al Legislativo para que éste considere autónomamente la ampliación o la revisión del crédito presupuestario pertinente)<sup>38</sup>.

Medidas de ejecución como las consideradas pueden ser idóneas para crear un paraguas de protección a las víctimas en relación con uno de los aspectos de posibles obstáculos para la ejecución.

---

38 Para mayor abundamiento sobre este punto nos remitimos a la Ley 70 (“Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad”) y las reglamentaciones pertinentes.

---

SEGUNDA PARTE

---

# **IMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS EN CASOS COLECTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS MAGISTRADOS**

# EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL CONTENCIOSO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: ¿QUÉ PEDIR, CÓMO ORDENAR?

DR. FERNANDO E. JUAN LIMA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En términos institucionales, la Ciudad de Buenos Aires, como ente autónomo con potestades propias de jurisdicción garantizadas constitucionalmente, es una construcción histórica novedosa y reciente. Este sendero que se comenzó a transitar con la incorporación del nuevo artículo 129 a la Constitución luego de la reforma acaecida en el ámbito nacional en 1994<sup>2</sup> nos habla de la cercanía del inicio de este proceso que seguimos experimentando en el presente. Este proceso tiene que ver con el camino hacia la plena autonomía porteña, circunstancia que habrá de configurarse, más temprano que tarde, no sólo porque es lo que jurídicamente corresponde (así viene impuesto por el propio texto de nuestra Constitución Nacional), sino porque es la solución que mejor se condice con los principios que conforman el estado de derecho. Mayor autonomía implica más participación ciudadana, más cercanía de los habitantes respecto de quienes los gobiernan, más control de la cosa pública<sup>3</sup>.

En ese camino comenzado a andar en el año 1994 (y más allá de que las raíces de este proceso las podemos encontrar antes en el tiempo), han sido hitos

---

1 Juez de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

2 Art. 129 CN, en lo que aquí interesa: "La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad".

3 Al respecto, remitimos a lo sostenido cuando recién comenzaba a funcionar el contencioso local en Juan Lima, F. E. (2000): "La competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en REDA N° 33/35, pp. 329-350.

que no pueden dejar de mencionarse el dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Estatuto Organizativo, se empeñan en corregir aquellos que desconfían de la mayor autonomía) acaecido en 1996 y el comienzo del funcionamiento de tribunales de justicia propios, conformados de acuerdo con los lineamientos constitucionalmente impuestos (en el año 2000, con la puesta en marcha del contencioso porteño, integrado totalmente por magistrados y funcionarios elegidos por concurso público y abierto de oposición y antecedentes)<sup>4</sup>.

En ese contexto, la intención de estas líneas es la de compartir las impresiones (y, de ser posible, alguna idea) en torno a uno de los temas que más claramente se relacionan con la efectividad de la tutela judicial. Es que, en el momento en que los derechos e intereses de los particulares se encuentran amenazados, desconocidos o vulnerados, las herramientas que más directamente impactan para la protección del núcleo de esos derechos o intereses tienen que ver con cómo se ha de tolerar el transcurso del tiempo que necesariamente importa el trámite de un proceso judicial (por más rápido que sea, y aun tratándose de un proceso urgente), lo que se vincula con el cada vez más rico menú de medidas cautelares a las que se puede acceder (cuestión muy interesante pero que excede el propósito de este trabajo) y, una vez transcurrido ese proceso, la posibilidad de ejecutar la decisión jurisdiccional de mérito (o precautoria) de manera adecuada y en tiempo oportuno.

Por más lograda y fundada que sea una sentencia, por más profunda y valiosa que sea una construcción jurídica, lo cierto es que quien acudió al Poder Judicial en busca de justicia comprueba su realización en el momento en que puede ejecutar la decisión adoptada en el proceso en el que participó. Sabemos de muchas piezas judiciales que engrosan los tomos de jurisprudencia y que valen más como aporte doctrinario que por lo que tiene que ver con la solución del caso concreto.

Advertida esta circunstancia, a continuación, estas pocas páginas tienen la modesta intención de abrir el debate, de provocar la reflexión y el examen crítico de un modo de actuar, de un determinado corpus de jurisprudencia (el del contencioso local) que ha de ser analizado en sus líneas más salientes, como conjunto, sin detenerse en la disección de casos concretos. El lector sabrá entender esta tesitura, que si bien tiene que ver con la finalidad de evitar tanto el

---

<sup>4</sup> El 2 de octubre de 2000 comenzó a funcionar la justicia de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario (confr. Res. del Consejo de la Magistratura N° 337/2000) y el 24 de octubre de 2000 acaeció lo propio con la segunda instancia (confr. Res. CM N° 406/2000).

rito autocelebratorio como la impropia crítica a la decisión de un colega (como juez del fuero creo que me hallo impedido de expresar determinadas opiniones fuera de los expedientes sometidos a mi jurisdicción), está fundada sobre todo en la aludida idea de pensar en la actualidad del procedimiento de ejecución de sentencia y en la posibilidad de mejorar las herramientas que lo componen, a fin de garantizar en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, y en virtud de las razones apuntadas, el meollo de este ensayo tiene que ver con cuál debería ser la actitud de los jueces para garantizar el cumplimiento de los principios y los valores contenidos en el cuerpo normativo que aplican, utilizando las herramientas que tienen a su alcance para evitar que el instrumento con el que cuentan (el proceso) termine siendo un obstáculo para la consagración efectiva de una solución justa a los conflictos en los que les toca intervenir. En fin, para que sus decisiones puedan verificarse en la realidad de manera clara, rápida y contundente (situación que no sólo tiene que ver con la solución justa del caso concreto, sino que proyecta efectos en el funcionamiento del sistema democrático todo).

Por último, para culminar con estas palabras de inicio, sólo queda agregar que el tema aludido se torna particularmente espinoso en el marco de los procesos urgentes y, en especial, en lo que tiene que ver con los procesos colectivos. Es claro que en este siempre cenagoso terreno (en el que muchas veces se confunden los términos, como si uno siempre implicara la presencia del otro), las variables de la celeridad y la urgencia y los alcances subjetivos de las decisiones adoptadas resultan cuestiones de gran relevancia a las que intentaremos dedicar algunas reflexiones.

## **2. EMPECEMOS POR EL PRINCIPIO: LA DEMANDA Y EL ROL DEL JUEZ AL MOMENTO DE DECIDIR SOBRE SU ADMISIBILIDAD Y DAR CURSO AL PROCESO**

Conforme con lo dispuesto en el artículo 269 del CCAyT, la demanda, que debe ser deducida por escrito, debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Contener nombre y apellido completo del actor, número y especie del documento de identidad, domicilio real y domicilio especial constituido dentro de la jurisdicción del tribunal competente.
2. Hacer mención de la parte demandada y su domicilio o sede.

3. Individualizar y señalar el contenido del acto impugnado, si lo hubiera, precisándose en qué forma y por qué dicho acto agravía el derecho o interés de la actora.
4. Explicar con claridad y precisión los hechos en que se funde.
5. Exponer sucintamente el derecho en que se basa la pretensión.
6. Justificar la competencia del tribunal.
7. Ofrecer toda la prueba de que se va a hacer uso en el juicio, debiendo indicarse los puntos necesarios para las pericias y los pedidos de informe.
8. Expresar la petición en términos claros y positivos.
9. Indicar el monto reclamado o su estimación (de ser esto posible).

Este catálogo de recaudos encuentra su origen en la norma contenida en el artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con las modulaciones necesarias derivadas de que en el caso estemos haciendo referencia a un cuerpo normativo en principio de aplicación a relaciones regidas por el derecho público o en las que intervenga un ente público, o que, sin serlo, ejerza función administrativa (estas aclaraciones son necesarias en virtud de la particular forma de atribuir competencia al contencioso local que surge del juego de los artículos 1º y 2º del CCAyT<sup>5</sup>).

Ello se advierte también si se repara en la documentación a adjuntar al aludido escrito que en el artículo 270 del CCAyT se impone a los presentantes. Así, con el escrito de demanda existe la carga de acompañar no sólo el instrumento que acredite la representación que se invocare<sup>6</sup>; los documentos que hacen al derecho y el interés que se reclaman, o indicación de dónde se encuentran<sup>7</sup>; y un juego de copias para el traslado por cada parte demandada, sino que expresamente se dispone que también se debe anejar el ejemplar donde estuviere

---

5 Conforme a lo normado en el artículo 1º, "Se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires". En el artículo 2º, por su parte, se dispone que "Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público".

6 Ver, al respecto, arts. 40 a 49 del CCAyT.

7 En este punto cabe tener presente lo establecido en los arts. 315 a 323 del CCAyT.

publicado el acto administrativo impugnado, el testimonio o certificado expedido por autoridad competente<sup>8</sup>. Además se aclara que, en el supuesto de que ninguna de las constancias indicadas hubieran podido ser obtenidas, existe la carga de indicar la razón de ello y el expediente donde se encontrasen, y que, cuando se accionase mediando denegación tácita, existe la carga de individualizar el expediente respectivo.

A esta altura del arte del ejercicio de la abogacía, un listado como el referido podría considerarse hasta redundante. En definitiva, el imperativo del propio interés debería llevar a las partes (y a sus letrados) a considerar que toda presentación incompleta, confusa o defectuosa, en algún momento del proceso habrá de impactar sobre la suerte de la pretensión articulada. Sin embargo, en virtud de cierta dinámica en la cual los tribunales parecen ser cada vez menos estrictos al momento del control del cumplimiento de estos recaudos, algunas reflexiones sobre este punto resultan pertinentes.

Ello es así por cuanto, más allá de la posibilidad de que en algunos supuestos se logre seguir adelante en el proceso, incluso llegándose a una eventual sentencia definitiva, los defectos al momento de proponer la demanda seguramente impactarán sobre las posibilidades de ejecución de las decisiones judiciales. Los yerros y omisiones sobre los hechos de la causa, las pretensiones improponibles o impracticables, de no ser advertidas por los magistrados (a veces por el cúmulo de tareas, a veces por la convicción de que se trata de “asuntos menores”, estas situaciones suceden) redundarán en órdenes o disposiciones que generan complicaciones e inconvenientes en la etapa de ejecución de sentencia. Es por eso que muchas veces somos testigos de procesos en los cuales la verdadera discusión (jurídica y/o fáctica, ya que la sentencia parece concentrarse sólo en lo valorativo o axiológico) se abre tras el dictado de la decisión definitiva.

Es por eso que no puede dejar de señalarse la importancia de dar adecuado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 271 del CCAyT, en cuanto a la verificación de que el escrito de demanda reúne los requisitos procesales y que junto con él se acompañe la documentación obligatoriamente requerida. Así, de existir defectos u omisiones, el tribunal deberá intimar a que se subsanen en el plazo que señale, sin que ese lapso pueda exceder de diez días. Cabe aclarar que esta intimación no se encuentra entre aquellas a las que el artículo 119 del CCAyT impone la notificación personal o por cédula y que el apercibimiento

<sup>8</sup> Por supuesto, como sucede con todos los escritos de los cuales deba darse traslado (y con sus contestaciones), de la documentación acompañada deben allegarse al tribunal tantos juegos de copias como partes fueren a intervenir en el proceso (art. 104 CCAyT). En caso de no cumplirse con esta carga, el tribunal se encuentra obligado a intimar (por nota) en los términos indicados en la norma señalada.

establecido es que si la parte interesada no subsana los defectos indicados, la presentación debe ser desestimada sin más trámite. Esta sanción no es discrecional para el tribunal; una vez efectuada la intimación y transcurrido el plazo fatal sin que se haya cumplido lo indicado, el juzgado o la sala (en el caso de tratarse de recursos directos) está obligado a obrar en consecuencia. Se trata de una norma procesal que muchas veces es sentida como excesiva y rigorista por los magistrados. Sin embargo, por obvio que parezca, merece destacarse que en modo alguno se está decidiendo sobre la suerte del derecho discutido. Lo que se desestima es la presentación, lo cual no implica rechazo alguno de la acción y menos aún la imposibilidad de seguir discutiendo el conflicto jurídico que la motivó. Estamos ante una manera en la que el legislador (representante del pueblo) ha decidido ordenar el trámite de los expedientes, regulándolo de una manera que no parece irrazonable. Y es por ello que los tribunales deberían aplicar esta regulación, ya que si existe la posibilidad de que esto impacte sobre el derecho de fondo discutido, ello tendrá que ver con el transcurso de los plazos de caducidad o prescripción, mas no con la aplicación de este remedio. Por lo demás, decidir no aplicarla (mas sin declarar la inconstitucionalidad de esta norma) podría implicar desequilibrar la igualdad entre las partes que debe ser mantenida en el proceso y afectar el derecho de defensa de la demandada (sea ésta quien fuere, la Administración bajo alguna de sus formas o el particular).

Por otra parte, el hecho de que se desestime la presentación no implica la posibilidad de escoger el magistrado que entenderá en la causa, tentación de generar un *forum shopping* en la que a veces caen algunos operadores jurídicos. Ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la resolución CMCABA 460/2000<sup>9</sup>, en la que se aclara que “Los procesos promovidos con posterioridad a otros que hubieren finalizado por cualquier modo anormal, en las causas que exista identidad de sujetos y materias, se radicarán en el juzgado y secretaría que hubiese prevenido”<sup>10</sup>. Ello, además, y como se verá, resulta también aplicable a la órbita de las acciones de amparo<sup>11</sup> y más aún a los amparos colectivos<sup>12</sup>.

9 BOCBA 28/11/2000.

10 Está claro que esta norma no refiere sólo a los modos anormales de terminación del proceso (caducidad, desistimiento, transacción), sino a cualquier circunstancia del trámite que derive en su finalización y no sea la sentencia definitiva. La intención es la de evitar, como se dijo, que se utilicen maniobras impropias para apartar a un juez del conocimiento de una causa o para atribuírselo cuando ello no resulta del pertinente sorteo.

11 En el último párrafo del artículo 7º de la Ley 2145 se establece que “Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas estas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso”.

12 Confrontar al respecto los términos del Acuerdo Plenario de la CCAyTCABA Nº 5/05, a través del cual se creó el registro de amparos colectivos.

Volviendo a algo a lo que ya se hizo referencia, las particularidades del contencioso local hacen que, en aquellos supuestos en los que haya debido incoarse con carácter previo a la demanda judicial algún remedio administrativo (recurso o reclamo), deba existir una adecuada congruencia entre las pretensiones articuladas en una y otra sede<sup>13</sup>. Esto es lo que debe entenderse de lo dispuesto en la última parte del artículo 6° del CCAyT, en cuanto en él se señala que “La acción prevista en este código debe versar en lo sustancial sobre los hechos planteados en sede administrativa”. La fórmula sin dudas mejora su homóloga nacional (artículo 30 de la LNPA), por cuanto la congruencia es sólo en lo sustancial (no se exige absoluta equivalencia) y únicamente en lo que respecta al derecho (no se hace referencia a los hechos, como sucede en el orden federal). Sin embargo, para ser estrictos y correctos, la congruencia requerida (y estimo que es a lo que ha querido hacer referencia el legislador local al hablar de “derecho”) es en relación con las pretensiones articuladas en sede administrativa y judicial<sup>14</sup>.

Ahora bien, en virtud de todo lo expuesto en este acápite, la pregunta que se impone al juez en esta instancia es la siguiente: ¿debo ser permisivo o estricto en este momento? Parte de los problemas planteados se encuentran en la misma formulación de la pregunta, ya que es la ley la que contiene respuestas que hacen innecesaria su formulación. Las normas del CCAyT son claras y contundentes, y son conocidas por todos los habitantes de manera adecuada antes de la formulación de cualquier pretensión (incluso por los eventuales demandados, que tienen derecho a suponer que los tribunales las aplicarán). Es por eso que la única posibilidad de corregir, señalar errores o desprolijidades, pedir aclaraciones o incluso encauzar las pretensiones es en el examen liminar que se realiza cuando la demanda es presentada. Es una oportunidad única que debe utilizarse con prudencia para no suplir derechamente a la parte, para no invadir áreas de su exclusiva competencia y para no afectar los intereses de quien en ese momento aún no participa del proceso (en términos generales, la demandada). Es así que el rigor (que no el rigorismo) al momento del control de los recaudos formales (en tanto no sean ritualismos inútiles) que debe cumplir el escrito de inicio es el mejor remedio para evitar las pérdidas de tiempo y los

13 Para profundizar al respecto recomendamos el artículo de Soler, A. (2004): “El proceso contencioso administrativo y tributario en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: su naturaleza y el principio de congruencia”, RAP Nº 314.

14 En lo que respecta a este punto, remitimos a Juan Lima, F. E. (2004), “Condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Cassagne, J. C. (Director), *Derecho Procesal Administrativo (en homenaje al Dr. Jesús González Pérez)*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 1965-2000.

gastos que implica un proceso destinado al fracaso o, casi peor aun, una sentencia de ejecución imposible. La tentación demagógica de admitir cualquier demanda, aun cuando se incumplieran los requisitos mínimos que hacen a su admisibilidad, lejos de favorecer a los litigantes y a sus letrados implica postergar en el tiempo (o, incluso, directamente provocar) una solución contraria a sus intereses, un rechazo a la pretensión intentada, una imposibilidad de dar una respuesta justa al litigio en cuestión.

### **3. ¿SE MODIFICA LO EXPUESTO EN EL CASO DE PROCEDIMIENTOS URGENTES Y/O COLECTIVOS?**

3.1. Es claro que, cuando hablamos de estos procesos, la experiencia hasta el presente indica que la forma que hemos encontrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dar curso a este tipo de pretensiones halla su cauce en la acción de amparo.

En lo que aquí interesa, como se dijo, el constituyente local contempló expresamente la acción de amparo en el texto de la CCABA. De la simple lectura de esta norma puede extraerse sin esfuerzo la similitud con su análoga contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Ello no obstante, el constituyente local ha sido más preciso en lo que respecta a algunos tópicos y, por otra parte, la jurisprudencia del contencioso de la ciudad ha interpretado las normas constitucionales y legales perfilando un amparo con características propias.

Además, no puedo dejar de decir que estimo que el cambio de paradigma que implicó la reforma de la Constitución acaecida en el ámbito nacional en el año 1994 parece haber sido mejor recibido, interpretado y aplicado (al menos en lo que a este tema respecta) por el Poder Judicial que por los otros poderes del Estado. Asistimos casi diariamente a la actitud demagógica de estos poderes que primero emiten disposiciones legislativas o administrativas consagrando o especificando derechos de los ciudadanos, para luego directamente omitir llevar a la práctica tales declaraciones y, frente a la actuación de la justicia ante la omisión, escandalizarse por el pretendido “gobierno de los jueces”, “judicialización de la política”, etcétera.

Ya nos hemos referido al proceso que llevó al dictado de la Ley 2145<sup>15</sup>, con lo que no abundaremos al respecto. Lo que sí parece adecuado destacar es que ni antes (cuando resultaba de aplicación el decreto ley 16.986, y a través de la re-

---

15 Juan Lima, F. E. (2008): “El ‘amparo judicial’ porteño. Sus características y su relación con las acciones de amparo por mora, de acceso a la información y de protección de datos personales”, en Daniele, M. (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, Platense, pp. 413-445.

misión dispuesta en su artículo 17, las normas contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), ni ahora (artículo 28 de la Ley 2145<sup>16</sup>) surge de la normativa en vigor que lo expuesto en el acápite precedente no sea pertinente en relación con la acción de amparo (sea ésta individual o colectiva), con la acción de amparo por mora, de acceso a la información y de protección de datos personales. Las discusiones puramente terminológicas o semánticas no nos impiden advertir un idéntico criterio axiológico en el acercamiento del foro local al estudio de estos institutos. La intención del constituyente parece haber sido la de englobar todas las acciones referidas bajo el genérico rótulo de “amparo”<sup>17</sup>. Por ser ello así, parecen atinadas –en conjunto– las soluciones dadas por la jurisprudencia, que preanuncian que la norma base de aplicación en todos los casos (más allá de las particularidades de cada uno de ellos) habrá de ser la contenida en la nueva Ley 2145.

Para culminar, entonces, resulta menester destacar que si se justifican decisiones diferenciales, ello tiene que ver con los intereses jurídicos en juego más que con el tipo de proceso escogido por las partes. Así, en la Ley General del Ambiente<sup>18</sup> se prevé un rol más activo y protectorio por parte del juez. En este caso la solución viene legalmente impuesta, pero no faltan quienes sostienen que lo mismo podría pensarse en lo que tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto el juez en todo momento debe tender a descubrir la verdad jurídica objetiva y a hacer justicia en el caso concreto.

**3.2.** Como ya se advirtió sobre el final del acápite 2, un tema que usualmente genera discusiones y suspicacias es el que tiene que ver con la competencia y la radicación de este tipo de causas. Estamos hablando de los temas relacionados con los supuestos de desplazamiento de la competencia en razón de la conexidad entre causas, de la acumulación de ellas, de la promoción o la apertura de incidentes, etc. Este problema casi cotidiano, lejos de ser un detalle menor o meramente adjetivo, revela su importancia y su relevancia cuando se advierte que no es sino la puesta en práctica, el ejercicio concreto, de la configuración

16 En él se dispone que “Se aplican supletoriamente, y en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la acción de amparo, las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

17 Así, tras regularse en el artículo 14 la acción de amparo (la clásica o individual y la colectiva), en el artículo 16 se establece que “ Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo, o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asiento sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga. También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho”.

18 Ley 25.675 (B.O. 28/11/2002).

legal del principio constitucional que hace a la garantía del juez natural. El tema es particularmente pertinente (y conflictivo) cuando estamos en presencia de procesos colectivos.

Al respecto, resulta menester recordar que la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creó el Registro de Amparos Colectivos del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires<sup>19</sup>. La Cámara local entiende por amparo colectivo todo aquel en que se debatan derechos o intereses colectivos, como así también el dirigido contra actos u omisiones susceptibles de afectar el derecho de varias personas, o bien cuando la legitimación activa se funda en lo dispuesto por el artículo 14, segundo párrafo, de la CCABA. Como puede advertirse, la segunda instancia local ha intentado dar una respuesta a un instituto ciertamente moderno (el del amparo colectivo), adoptando las medidas que estimó convenientes para posibilitar el cumplimiento razonable y adecuado de una norma como la del artículo 4º del decreto ley 16.986 (vigente hasta el dictado de la normativa local), sin dudas prevista para supuestos diversos.

Es de lamentar que, con el veto producido a la Ley 2145, el amparo colectivo continúe huérfano de toda regulación legal. Si bien el tema excede a la jurisdicción local (y hay múltiples ejemplos de intervención de jueces de otras jurisdicciones en asuntos en principio ajenos a su competencia), el asunto se hace especialmente patente en la ciudad de Buenos Aires, en razón de la amplitud de la legitimación constitucionalmente establecida para la acción de amparo (que la convierte en una verdadera acción popular) y de la inexistencia de un plazo de caducidad para incoar la acción en el marco de un sistema de control difuso de constitucionalidad (que convive con el concentrado que emana del artículo 113 de la CCABA<sup>20</sup>).

En la actualidad, el trámite de algunas causas parece evidenciar la existencia de ciertas disfunciones. Es claro que en este contexto, y en situaciones de real peligro de vulneración de la órbita de derechos de los justiciables, los jueces nunca podrían dejar de actuar. Pero también es cierto que los jueces pueden y deben examinar, estudiar y reflexionar sobre los límites de su propia compe-

19 Ello así a través del Acuerdo Plenario N° 5/05, antes citado.

20 En el inciso 2º de la norma citada se establece que "Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: (...) Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior".

tencia (evitando intervenir cuando no hay caso, o cuando esa intervención podría afectar el trámite de otra causa, por ejemplo). Las sospechas de lo que se suele señalar como “*forum shopping*” o los intentos de elección espuria de determinada jurisdicción o magistrado nos hablan de la necesidad de una especial atención por parte de los jueces para evitar que efectivamente ello se cristalice en la práctica.

**3.3.** Una última aclaración en lo que hace a esta etapa inicial del proceso: aun cuando la regulación en la Ley 2145 permite al juez ordenar reconducir la acción cuando ella pueda tramitar por las normas de otro tipo de proceso, no puede olvidarse el hecho de que en el artículo 5º de dicha norma legal también se prevé la posibilidad de rechazar *in limine* la acción, por auto fundado, cuando resulte manifiesto que ella no cumple con los pertinentes requisitos de admisibilidad.

El juez debería ejercer excepcionalmente la posibilidad de readecuar el trámite del proceso. Una actitud ciertamente paternalista del magistrado en relación con el justiciable (y su letrado) podría importar sustituir su voluntad libremente expresada y entrar a conocer en asuntos que no resultan claros, en los que podrían encontrarse en juego intereses de terceros ajenos al proceso o en los cuales se necesitase de mayor prueba de la factible de producción. La experiencia indica que (con razón) las partes (y, sobre todo, sus letrados patrocinantes) son muy celosos de las decisiones y estrategias procesales que adoptan. Esto forma parte del contenido de su derecho de defensa, acceso a la jurisdicción y tutela judicial. Por ser ello así, sólo en aquellos supuestos en los que se tratara de un evidente error material o circunstancias de similar excepcionalidad correspondería la readecuación del trámite. Después de todo, siendo que el amparo está exento de cargar con las costas (salvo temeridad o malicia; cosa que, por ejemplo, no sucede en otro tipo de juicios en los que el juez podría transformar el proceso), nada empece a que, inmediatamente, tras el rechazo, la parte (si consiente dicho rechazo) inicie el trámite que entienda pertinente.

#### **4. EL JUEZ EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS**

Por perogrullesco que parezca, cabe recordar que en el contencioso administrativo el impulso de la causa corresponde a las partes. Por más modulaciones que corresponda formular en relación con la aplicación de este principio que es absoluto en el ámbito del derecho privado (y que, en el ámbito del derecho público, por la presencia de un interés público comprometido, podría llevar a mo-

rigerar su vigencia), tal es la regla y ello es lo que surge de las normas contenidas en el CCAyT. De no impulsarse en tiempo oportuno el trámite del proceso caducará<sup>21</sup>, tal como acaece con las pruebas ofrecidas<sup>22</sup>, incidentes<sup>23</sup>, etc. Y esta carga en lo que hace al impulso de las actuaciones se condice con la expresamente establecida en lo que tiene que ver con la prueba. En el artículo 301 del CCAyT se dispone que “Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no ha sido probada, el tribunal puede investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio” (nótese que la posibilidad de suplir a las partes sólo se encuentra contemplada en este último supuesto).

Así, los indiscutidos principios que hacen a la perentoriedad y fatalidad de los plazos y a la preclusión de las etapas y momentos procesales resultan de plena aplicación a la materia contencioso-administrativa. Las modulaciones o morigeraciones tendrán que ver con casos concretos en los que se encuentre comprometido un interés colectivo o público, lo que posibilitará –en su caso– la intervención del Ministerio Público para su protección; mas no la derecha ignorancia o falta de respeto de los principios antes aludidos.

En lo que aquí interesa, corresponde recordar que, entre los deberes de los jueces se halla el de decidir las causas, en lo posible, de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias establecidas en las disposiciones legales vigentes (inciso 2º del artículo 27 del CCAyT) y dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en el código:

- a. concentrar, en lo posible, en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar;
- b. señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades;
- c. mantener la igualdad de las partes en el proceso;

---

21 Art. 260 y siguientes del CCAyT.

22 Arts. 307, 330, 338 y ccdtes. del CCAyT.

23 Art. 260, inciso 1º del CCAyT.

- d. prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe; y,
- e. procurar que se logre la mayor economía procesal en la tramitación de la causa (inciso 5° del artículo 27 del CCAyT).

Por lo demás, resulta de particular pertinencia traer a colación las facultades ordenatorias e instructorias que poseen los magistrados, y, sobre todo, el criterio y la oportunidad en que ellas pueden ser ejercidas. Así en el código adjetivo que rige el contencioso se establece que, aun sin requerimiento de parte, los tribunales pueden:

1. Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasa a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.
2. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto el tribunal puede:
  - a. Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. La mera proposición de fórmulas conciliatorias no importa prejuzgamiento.
  - b. Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos, peritos/as y consultores/as técnicos/as, para interrogarlos/as acerca de lo que creyeren necesario.
  - c. Invitar a personas menores de dieciocho (18) años de edad a exponer sobre hechos o circunstancias que hayan sido de su conocimiento, cuando éstos libremente presten su consentimiento informado.
  - d. Mandar, con las formalidades prescriptas en este código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros.
  - e. Ejercer las demás atribuciones que la ley le confiere.

3. Corregir, en la oportunidad establecida en el artículo 14:9º incisos 1) y 2), errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo substancial de la decisión (art. 29 CCAyT).

La loable intención de esta norma, una vez más, puede sucumbir ante el uso indiscriminado y excesivo de las potestades en ella previstas. Tender a la celeridad, a la concentración y sobre todo al descubrimiento de la verdad jurídica objetiva para hacer justicia en el caso concreto no puede implicar (y eso no es lo que se dispone en esta norma) la expropiación del proceso por parte del magistrado a los litigantes. Las herramientas aquí establecidas deben conjugarse con los otros principios generales antes enunciados: impulso de parte, carga de la prueba, preclusión y respeto por el derecho de defensa.

## **5. REITERAMOS Y PRECISAMOS: EL ROL DEL JUEZ EN LOS PROCESOS URGENTES Y ALGUNOS PROBLEMAS PUNTUALES EN EL TRÁMITE DE ESAS CAUSAS**

**5.1.** ¿Cuál es el rol del juez en las actuaciones donde tramitan los procesos a los que estamos haciendo referencia? ¿Qué es lo que el magistrado puede o debe hacer? ¿Está obligado a tener un rol más activo?

Parece que una primera respuesta a estos interrogantes podemos encontrarla en los seminales fallos "Siri"<sup>24</sup> y "Kot"<sup>25</sup>. Más cerca en el tiempo, podemos fundar una solución similar si tomamos en consideración los pronunciamientos recaídos en las causas "Mendoza"<sup>26</sup> y "Halabi"<sup>27</sup> (más allá de que las soluciones propugnadas por la Corte Suprema de Justicia, en los hechos, parecerían poseer mayor aplicación en lo que hace a los principios de inmediatez y rol activo que en lo que hace a la celeridad). Sin embargo, más allá de los enunciados generales y las declaraciones de principios, muchas veces la realidad de un magistrado de grado es bien distinta a la de aquella a la que se enfrentan los tribunales de las ulteriores instancias. Así, en lo que hace al trámite en concreto de las acciones de amparo, el juez que primero entiende en la causa debe desde

---

24 Fallos: 239:459.

25 Fallos: 241:291.

26 Fallos: 331:1622.

27 Fallos: 332:111.

el inicio tomar una serie de decisiones que han de predeterminar todo el curso del proceso.

Recapitulando, y refiriéndonos en concreto a este tipo de juicios y a la experiencia en el contencioso porteño, el juez de primera instancia debe (entre otras actividades):

1. identificar el objeto de la acción impetrada;
2. si éste no está claro, precisarlo o intimar para que sea precisado;
3. advertir errores;
4. suplir y enmendar omisiones (o mandar hacerlo);
5. analizar y en su caso modificar el trámite requerido (“re-encauzar” el proceso);
6. resolver las medidas cautelares peticionadas (que, por supuesto, pueden ser distintas en cuanto términos y alcances a aquellas que fueron requeridas);
7. ordenar la producción de prueba que fuera necesaria para la resolución de las actuaciones que deban ser cumplidas *inaudita parte* (puede que hayan sido ofrecidas por la demandante o no; un ejemplo que suele repetirse es la necesidad de realizar una inspección ocular);
8. llamar a audiencia en cualquier estado del proceso para intentar la solución del litigio y/o para obtener un mejor conocimiento de los hechos de la causa;
9. en las mismas oportunidades, dictar las medidas para mejor proveer que entienda pertinentes.

Toda esta actividad tiene su explicación y justificación en la necesidad de llegar a la verdad jurídica objetiva y hacer justicia en el caso concreto traído a conocimiento del magistrado.

La pregunta que inmediatamente surge desde la tribuna de la ortodoxia procesal (que hunde sus raíces en el derecho privado) será: ¿en ese contexto, puede seguirse hablando de un juez imparcial? ¿No se estaría afectando el derecho de defensa de la parte demandada?

Es que medidas como las antes enunciadas deben ser adoptadas de manera equilibrada, cuidando de no afectar la igualdad de las partes en el proceso. Así y todo, lo que pareciera estar en crisis (si nos acercamos a la práctica cotidiana de los tribunales) es la propia aplicación del principio dispositivo en el ámbito de las causas contencioso-administrativas. Si bien es cierto –como se adelantó– que el interés público siempre (directa o indirectamente) comprometido justifica una modulación de tal aplicación (insoslayable en el proceso donde el derecho discutido es preponderantemente privado), ello nunca podría llevar a un proceso inquisitorial en el que los poderes del magistrado anulasen la órbita de decisión de las partes, por cuanto lo expuesto podría importar una impropia extensión de competencias, con clara afectación al diseño constitucionalmente previsto para la actuación de la justicia.

Estas reflexiones (que podrían extenderse más allá de la jurisdicción local, por cuanto, por ejemplo, la Ley General del Ambiente –como se dijo– prevé esta especie de “parcialidad” por parte de los jueces) en modo alguno resultan un llamado a eludir responsabilidades. Lo que sí cabría poner en sus justos límites es que una reivindicación de los lineamientos que hasta el presente pueden extraerse de “Siri” y “Kot” quizás debería constituir la excepción de un sistema que debería dar más y mejores respuestas a los conflictos residenciados por los habitantes ante los tribunales. Podría resultar peligroso (y axiológicamente discutible) establecer como general y definitivo un sistema basado en un grado de discrecionalidad tan alto en cabeza del órgano que menor legitimidad democrática posee. Una cosa es que, frente a la arbitrariedad o la irrazonabilidad, se permita superar óbices formales para hacer justicia y otra es, simplemente, carecer de toda formalidad para dejar el asunto al mero arbitrio de los jueces.

**5.2.** En relación con lo antes expresado, podría pensarse que serviría para morigerar esa presencia tan relevante en el establecimiento de la cuestión litigiosa y del trámite a acordar a la causa, así como en el impulso del proceso en cabeza de quien va a tomar la decisión sobre el fondo del asunto, que el Ministerio Público Fiscal asumiera un rol más activo al respecto. A semejanza de lo que ocurre en el orden nacional<sup>28</sup> (es más, en nuestra ciudad las normas son más claras y abarcativas), el diseño constitucional y la Ley Orgánica del Ministerio Público permitirían que los fiscales acrecentasen o profundizasen su rol de control e impulso, en defensa de derechos de incidencia colectiva o en aquellos asuntos en los que estuviera en juego el interés público. Hasta el momento, la

---

28 Ley 24.946.

experiencia parece indicar que esta rama del Ministerio Público ha acotado básicamente su accionar a las clásicas tareas de dictaminar en torno a competencia, habilitación de instancia y cuestiones de inconstitucionalidad.

La asunción de una postura más activa por parte de estos funcionarios redundaría en una mejor distribución de la carga del trabajo (con mayor garantía para las partes), en tanto al juez quedaría básicamente la tarea de decidir y juzgar, siendo más excepcional la carga de impulsar, probar, etc.

Pareciera algo anacrónico según alguna postura esto de insistir en la importancia de la imparcialidad de los magistrados. Con esto no se quiere decir que los magistrados sean ajenos a toda ideología (de hecho están obligados a preservar la vigencia de la que surge de la propia Constitución) o convicción política. Pero en lo que debería ponerse especial esmero es en mantener la imparcialidad al menos en el aspecto adjetivo que hace al trámite del proceso (ello así pues, de otro modo, se podría afectar el ejercicio del derecho de defensa, piedra basal de nuestro sistema de derechos y valores).

No se trata en modo alguno de sacrificar la legalidad en el altar de una pretendida objetividad absoluta. No estamos hablando de permitir o tolerar arbitrariedades, ni de dejar a la Administración (o a parte de su accionar) fuera de todo control judicial. Simplemente, desde el diseño que surge de la Constitución, y desde el propio interés como ciudadano, no parece adecuado dejar semejante margen de discrecionalidad para el control en cabeza de los magistrados que habrán de decidir el asunto. La ampliación de la legitimación ciudadana y de las organizaciones e instituciones que representan sus intereses conlleva la carga de conducir e impulsar con responsabilidad las acciones que se emprendan. A los jueces quedaría la labor de decidir en justicia y sólo excepcionalmente adoptar las medidas estrictamente necesarias para llegar a la verdad jurídica objetiva.

**5.3.** Por último, cabe añadir que relacionado con lo expuesto se halla el tema de la intervención de terceros en el proceso o la integración de la litis.

El problema es: cuando se advierte que una decisión a adoptarse por parte del tribunal afectará la órbita de derechos o intereses de personas ajenas al proceso, ¿corresponde rechazar el pedido o sumar a estas personas al juicio?

El asunto presenta especial actualidad y rispidez cuando estamos en la órbita de amparos colectivos, en los cuales la amplitud de posibles afectados hace que, para el dictado de sentencias válidas y útiles, deba ponerse en conocimiento de la existencia del litigio a todo el universo de posibles afectados (a

través, por ejemplo, de la publicación de edictos en el Boletín Oficial, en diarios, radios, etc.).

Aquí también resultan pertinentes las reflexiones en torno al rol que podría cumplir el Ministerio Público Fiscal y a la necesidad de instrumentar un registro de acciones colectivas más eficaz y eficiente. Lo que quizás podría realizarse es una distinción entre amparos individuales o pluri-individuales y amparos colectivos. En razón de la naturaleza de los derechos o intereses puestos en cuestión, en el primer caso debería preponderar la decisión de rechazar todo planteo que no sea debidamente articulado, contra todas las partes necesarias en el litigio (después de todo, en principio, sería de aplicación la regla dispositiva). Por su parte, en el caso de los procesos colectivos, la presencia más evidente de un interés público, general o generalizado justificaría una mayor permeabilidad a suplir deficiencias en los planteos efectuados por las partes en el proceso.

## **6. ALCANCES Y CONTENIDOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES. SU EJECUCIÓN**

La necesidad de resaltar cuestiones que parecen obvias tiene que ver con que, de tan evidentes y supuestamente conocidas, muchas veces son olvidadas. Así, en el artículo 143 del CCAyT (referido a sentencias interlocutorias) se dispone que ellas deben contener:

1. los fundamentos;
2. la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas; y
3. el pronunciamiento sobre costas.

La referencia a que la decisión sea no sólo expresa y positiva sino también “precisa” nos excusa de mayores reiteraciones respecto de lo que hasta aquí venimos afirmando.

Lo expuesto es regulado de manera más estricta en lo que tiene que ver con las sentencias definitivas. Al respecto, en el artículo 145 del CCAyT se establece que ellas deben contener:

1. la mención del lugar y la fecha;
2. el nombre y el apellido de las partes;
3. la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio;

4. la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el punto anterior;
5. los fundamentos y la aplicación de la ley;
6. la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte;
7. el plazo que se otorgue para su cumplimiento, si es susceptible de ejecución;
8. el pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia;
9. la firma del/la juez/a.

Por otra parte, en dicha norma también se aclara que:

- a. las presunciones no establecidas por ley constituyen prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produzcan convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica;
- b. la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso puede constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones; y,
- c. la sentencia puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

Si bien el artículo 145 del CCAyT refiere a la sentencia definitiva de primera instancia, en el artículo 147 del CCAyT se dispone expresamente que lo expuesto resulta aplicable, en lo pertinente, a la segunda o ulterior instancia.

Aun cuando el carácter eminentemente revisor del contencioso es cosa del pasado<sup>29</sup> (sin dudas ello es así en la jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires),

---

29 Cassagne, J. C. (2003): "La tutela judicial efectiva. Incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", en *Fragmentos de Derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi.

no deja de ser cierto que muchos de los procesos que en ese fuero tramitan tienen que ver con la impugnación de actos administrativos. Es por ello que resulta menester destacar una norma que no existe en el ámbito federal, en el que las soluciones contenidas en un cuerpo normativo destinado a regir otra rama del derecho (el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) son aplicadas por analogía al ámbito del derecho público. Esta norma es la contenida en el artículo 146, en la que se hace alusión a las sentencias referidas a actos administrativos. Allí se establece que “Cuando la sentencia acoge la pretensión, hace lugar a la protección del derecho, o del interés invocados, puede: (1) anular total o parcialmente el acto impugnado; (2) Disponer el restablecimiento de la vigencia del acto o contrato cuyo extinción motivó el ejercicio de la acción contencioso-administrativa; y, (3) hacer lugar al pago de los daños y perjuicios, si han sido reclamados”.

Por otra parte, cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, o daños y perjuicios, se debe fijar su importe en cantidad líquida o establecer por lo menos las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación<sup>30</sup>.

Lo expuesto en este acápite no es sino lo recogido en el CCAyT en torno a los recaudos que deben respetar los jueces al momento de emitir sus decisiones, en lo que tiene que ver con requisitos de forma y contenido. Se trata de la condensación de principios generales que tienen que ver, más que todo, con cuestiones que hacen incluso al sentido común. Sin embargo, éste a veces brilla por su ausencia. Volvemos a decirlo: los justiciables acuden a la jurisdicción para encontrar una solución justa frente a un conflicto que los aqueja, no para culminar con una sentencia para colgar con un marco en sus casas<sup>31</sup>. No trataremos aquí, entonces, el juego de las normas contenidas a partir del artículo 392 del CCAyT, referidas específicamente al trámite de la ejecución de sentencia. La solución local es, en términos generales, razonable y atinada, y mejora sin dudas el confuso sistema vigente en el orden nacional. Claro que para poder ejecutar una sentencia, primero se tiene que entender qué es lo que se está ordenando y ello debe poder ser llevado a la práctica. Esto último, a través de la actividad de las partes o, en su caso, a través de la ejecución forzada.

---

30 Art. 148 del CCAyT.

31 Sobre este y otros puntos que suelen ser dejados de lado, siempre es útil recurrir a Gordillo, A. (2000): “Introducción al Derecho. Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo”, cap. V, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. 1-38.

## 7. CONCLUSIÓN

Como vemos, son muchos los temas abiertos a la discusión. Pero, para no extendernos en cuestiones de mayor detalle, un último problema que tiende a reiterarse es la falta de precisión por parte de los demandantes al momento de identificar su pretensión y, paralelamente, el dictado de sentencias que contienen declaraciones generales, ambiguas, imprecisas. Muchas veces el trámite de la acción (sobre todo en el caso del amparo u otros procesos urgentes) cumple con el mandato constitucional de la celeridad, pero la ejecución de la sentencia se torna imposible, dificultosa o, directamente, insume incidentes, litigios y mucho más tiempo que el del propio juicio. Ello es especialmente así en relación con procesos urgentes cuya ejecución suele superar el lapso del trámite de un proceso ordinario (con plazos que se cuentan por años).

Existen casos en los que ello es lógico (ordenar que se construya una escuela en un determinado lugar) y otras en los que el universo de posibles conflictos es indeterminado e indeterminable (ordenar que se cumplan, en todos los casos, los parámetros establecidos en una ley). Esto último, que a veces es pedido (y, también a veces, ordenado por los jueces) entiendo que constituye una disfunción por cuanto la ley (o la propia Constitución) no necesita de una sentencia para que sus disposiciones sean operativas y de obligatorio cumplimiento (incluso para la Administración, claro está).

Desde “Marbury vs. Madison”, los buenos jueces han intentado tener en cuenta, como parámetro para el dictado de una sentencia, la posibilidad de llevar a la práctica la decisión adoptada. Ello tiene que ver no sólo con un *standard* de razonabilidad, sino que hace a la función propia de los tribunales y su posición de equilibrio en el sistema de división de poderes. La acumulación de sentencias que son ignoradas por los otros poderes del Estado no sólo consagra una injusticia intolerable sino que mina la credibilidad y la fuerza del Poder Judicial. Recuerdo los consejos de ese gran juez y profesor que fue el Dr. Guillermo Muñoz, cuando explicaba cómo redactar la parte dispositiva de una sentencia e instaba a los magistrados a hacerse dos preguntas: 1) ¿va a poder la Administración cumplir con esa manda?; y, 2) más aún, en caso de incumplimiento, ¿podré hacerla cumplir de manera forzada? Si la respuesta es negativa o existen dudas al respecto, es porque esa decisión requiere de más estudio, trabajo y reflexión.

En definitiva, los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva suponen y necesitan de la certeza de que las órdenes judiciales serán cum-

plidas en tiempo y forma. Hay disfunciones que exceden la posibilidad de encontrar respuesta en el trámite de las causas judiciales (y allí están, para eso, los mecanismos democráticos a través de los cuales elegimos a quienes hacen las leyes y a quienes administran la cosa pública). Pero hay otras cuya solución sí está, en parte, en nuestras manos. Es bueno no hacerse los distraídos, asumir la importancia que los abogados (desde la administración de justicia o desde el asesoramiento a las partes) poseen en ese devenir y hacer lo que se encuentre a nuestro alcance para que las soluciones normativas y axiológicas contenidas en la Constitución que nos rige hallen un correlato con la realidad palpable por los habitantes de nuestra ciudad.

# UNA MIRADA PROCESAL DE LOS DENOMINADOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DRA. FABIANA SCHAFRIK DE NÚÑEZ<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

La jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires da muestra del estado del reconocimiento del acceso judicial para plantear la protección de distintos derechos, entre ellos, los denominados económicos, sociales y culturales.

Los distintos operadores judiciales<sup>3</sup> han sentado criterio respecto del grado de exigibilidad<sup>4</sup> de éstos, observándose que no se han desechado acciones por

---

1 Jueza de Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2 Este trabajo hubiera sido imposible sin la colaboración de Belén Donzelli y María Julia Venslavicius, quienes han sumado sus esfuerzos en la lectura y el aporte de ideas y, en especial, del material que se cita en este trabajo. No podría arrogarme la exclusiva autoría de estas líneas.

3 Me refiero a las diferentes instituciones que integran el Poder Judicial de la Ciudad, según el artículo 107 de la Constitución local.

4 El sustento jurídico de la factibilidad del planteo es la existencia de un plexo constitucional local que garantiza, de forma expresa, un amplio catálogo de derechos que a su vez reconocen como antecedentes el texto de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución local. No se debe olvidar en este concierto normativo que en este tipo de derechos se hace más evidente el empleo de los recursos públicos para atención de los derechos constitucionales.

Un caso reciente que da cuenta de la distinta interpretación en el contenido del derecho involucrado pudo observarse en el caso "Herz, Claudio Pedro c/GCBA s/amparo" (Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala III, 7/11/2012).

el sólo hecho de involucrar la discusión de derechos de esta índole<sup>5</sup>, aún cuando en el caso concreto no se considere procedente hacer lugar al planteo<sup>6</sup>.

En síntesis, en los casos judiciales en los que las acciones se han desestimado, no se parte del presupuesto de la inexigibilidad de los derechos<sup>7</sup> o de la imposibilidad de su planteo en sede judicial.

Del examen de las distintas herramientas procesales que admite el ordenamiento jurídico puede vislumbrarse una mayor utilización para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales de las acciones de amparo; quizás ello se relaciona con la naturaleza de estos derechos y su directa incidencia para el desarrollo humano.

Seguramente, la existencia de un número importante de acciones de amparo tendientes a la defensa de esta categoría de derechos se deba también a la naturaleza expedita y rápida de la garantía constitucional que permite el análisis judicial de la procedencia o no de la pretensión deducida, sin que la vía procesal elegida se convierta en óbice para la atención de la viabilidad del fondo en el tiempo que sea necesario.

Ello sin perjuicio de observar que el tratamiento de algunas causas que involucran este tipo de derechos responde a los parámetros de los llamados juicios

---

5 Dan muestra del debate que involucra derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires diversos trabajos de doctrina. Citamos a López Oliva, M., "El litigio individual en derechos sociales. Una aproximación al estado actual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (pp. 143-171) y Maurino, G., Nino, E. (2009): "Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires" (pp. 173-206), ambos en Abramovich, V., Pautassi, L. (Compiladores): *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

6 TSJCABA, "Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/amparo (artículo 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 26/8/2010.

7 Sólo para ilustrar la posición de los distintos tribunales de primera instancia del fuero en el caso de personas en situación de calle, hemos de citar algunos fallos: Juzgado Nº 1 Cont. Adm. y Trib., "Ramírez, Nilda Beatriz c/GCBA y ots. s/amparo", del 29/3/2012; Juzgado Nº 2 Cont. Adm. y Trib., "Mendes Cabeçadas, María Teresa c/GCBA s/amparo", del 24/10/2011; Juzgado Nº 3 Cont. Adm. y Trib., "González Devaca, Marina y ots. c/GCBA y ots. s/amparo", del 23/3/2012; Juzgado Nº 4 Cont. Adm. y Trib., "Villafañe, Corina Noemí c/GCBA y ots. s/amparo", del 5/6/2012; Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib., "Farmache, Beatriz Alicia c/GCBA y ots. s/amparo", del 5/3/2012; Juzgado Nº 6 Cont. Adm. y Trib., "Ryaboshapka, Oleh c/GCBA y otros s/amparo", del 28/2/2012; Juzgado Nº 7 Cont. Adm. y Trib., "Cobas, Alejandro Gabriel c/GCBA y otros s/amparo", 15 de mayo de 2012; Juzgado Nº 8 Cont. Adm. y Trib., "Bernay, Omar Tomás y ots. c/GCBA s/amparo", del 29/2/2012; Juzgado Nº 9 Cont. Adm. y Trib., "Ríos, Miguel Ángel c/GCBA y ots. s/amparo", del 27/6/2012; Juzgado Nº 10 Cont. Adm. y Trib., "Benítez, Gabriela Angélica c/GCBA s/amparo", del 8/5/2012; Juzgado Nº 11 Cont. Adm. y Trib., "Avallay, Olga Beatriz c/GCBA y ots. s/amparo", del 2/7/2012; Juzgado Nº 12 Cont. Adm. y Trib., "Santos Fidel Ruiz c/GCBA s/amparo", del 7/3/2012; Juzgado Nº 13 Cont. Adm. y Trib., "Ayala Crucinta, Ana María c/GCBA s/amparo", del 13/2/2012; Juzgado Nº 14 Cont. Adm. y Trib., "Ceballos, María Cristina y ots. c/GCBA y ots. s/amparo", del 16/2/2012; Juzgado Nº 15 Cont. Adm. y Trib., "Callu, Elena y ots. c/GCBA y ots. s/amparo", del 5/6/2012.

estructurales<sup>8</sup> que son de más compleja tramitación. Este tipo de procesos se ha iniciado en el fuero a través de acciones de amparo, lleva años de tramitación y luego, si se dicta una sentencia favorable para quienes accionan, su ejecución se prolonga a través del tiempo.

En el plano procesal, las acciones de amparo admiten en general medios de prueba diferentes a los que usualmente el ordenamiento prevé para la tramitación de los procesos ordinarios. En la Ciudad debemos conjugar para ello el artículo 14 de la Constitución local, que diseña la garantía procesal, y específicamente el artículo 9° de la ley 2145, que dispone los medios de prueba admitidos en este tipo de acción.

Si bien el impulso procesal corresponde a quien tenga interés en probar un determinado hecho, pesando sobre la parte actora la activación de la instancia, quisiera destacar la importancia del rol del juez como director del proceso<sup>9</sup> (artículo 29 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad).

En definitiva, quien quiera hacer prevalecer sus argumentos necesitará contrastarlos con los elementos de prueba necesarios, ofrecidos en el momento procesal oportuno. El juez, como director del proceso, también podrá proponer medidas para mejor proveer, tendientes a arribar a una solución justa y razonable.

Si bien es cierto que en general todas las contiendas requieren arbitrar canales procesales creativos<sup>10</sup>, se observa del muestreo de casos realizado que en las acciones de amparo tramitadas en el fuero y que involucran este tipo de derechos muchos operadores judiciales han producido medios de prueba atípicos.

La inventiva en la elección de los medios probatorios aptos en este tipo de procesos puede también tener que ver con que la plataforma fáctica que se presenta al análisis judicial difiere necesariamente de las cuestiones en donde están involucradas distintas generaciones de derechos.

Se ha podido ver, tal como se intentará plasmar en este trabajo –que ha pretendido objetivar la experiencia de los diferentes actores judiciales–, que no es

---

8 Una definición de los llamados juicios estructurales se puede apreciar en el Considerando XVIII del caso "Acuña, María Soledad c/GCBA s/amparo (artículo 14 CCABA), Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, del 23/12/2008.

9 Artículo 27 inciso 4 de la ley 189.

10 Abramovich, V., Courtis, C. (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2ª ed. p. 46. Los autores señalan: "la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales".

posible estereotipar las pruebas de que se valdrán todos los tribunales para dilucidar si se ha violado o no un derecho económico, social y cultural.

En las acciones de amparo en las que están en juego estos derechos se ha observado de la lectura de diferentes casos que hemos examinado –más aún en aquellos en los que están en discusión derechos vinculados estrechamente con el derecho a la vida– que existe un núcleo de reconocimiento del derecho por la parte demandada. En otras palabras, no aparece desconocido –como negativa genérica– el derecho de quienes instan el proceso a gozar del derecho constitucional que se señala menoscabado.

Es decir, el comportamiento de las partes en este tipo de procesos no es el típico del proceso contradictorio de los contenciosos.

En general, no se niega básicamente el derecho a obtener la tutela; la discusión pasa por el modo en que podrá darse protección a ese derecho, por la intensidad de su protección, por la existencia o no, en el caso de tratarse de la autoridad administrativa, de partidas presupuestarias para hacer efectivo el derecho; se discutirá respecto de la legitimación procesal activa de quienes se presentan a juicio para exigir su prestación o si la vía procesal es adecuada para discutir la cuestión.

El objetivo de este trabajo es analizar algunas de las tantas contingencias procesales por las que pueden atravesar las acciones de amparo en las que se discutan derechos económicos, sociales y culturales.

El examen se realizará desde una perspectiva procesal y se tendrá en cuenta para su desarrollo distintos casos que han tramitado en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma. Analizaremos cuestiones que tienen que ver con la tramitación de los expedientes y con contingencias que suscite su ejecución.

Al ser este trabajo casuístico, sus conclusiones no podrán generalizarse; se trata de mostrar algunos aspectos del tratamiento del tema en la realidad judicial, sobre la base de un trabajo de campo realizado en el que se han relevado diferentes precedentes del fuero sobre la temática tratada, sin pretender realizar ningún juicio de valor al respecto.

Este trabajo reseña, más allá de la convicción que se forme el lector sobre la correspondencia de tales decisiones, tan sólo una pequeña muestra de la labor realizada en estos trece años que median desde su creación, por distintos tribunales del fuero.

## 2. LA IMPORTANCIA DE LOS ASPECTOS PROCESALES

En general en los debates solemos dar mayor importancia a las cuestiones de fondo, en desmedro del derecho procesal o de forma. El análisis de los grandes temas jurídicos muchas veces se desentiende de las cuestiones procesales.

Considero que debe realizarse una lectura equilibrada entre ambos planos, ya que están comunicados a lo largo del proceso, por más que normalmente se recuerde la posición de un tribunal respecto del fondo. Cuando el proceso culmina normalmente con el dictado de la sentencia, tuvo necesariamente que recorrer un camino dominado por el derecho de forma.

Durante la tramitación de un proceso, los avatares procesales y el modo en que aquél se desarrolla pueden repercutir en la decisión que resuelva el fondo. No es improbable que defectos de la tramitación de la prueba impacten en la decisión final. Podría citarse como ejemplo de ello: intentar una acción equivocada dilatándose de este modo la discusión del derecho que se señala conculcado o la declaración de caducidad de la instancia por inactividad procesal.

En este último caso, si bien la acción puede volver a intentarse, la demora por el inicio de un nuevo proceso produce un perjuicio, en tanto la afectación del derecho que se pretendió proteger a través de la acción fracasada se va a mantener en la medida en que no haya un proceso activo.

Finalmente, cuando se inicia un proceso, cada parte ofrecerá los medios probatorios idóneos para hacer primar su posición en la decisión final. Es tarea del juez recorrer ese camino de modo que la decisión que se tome resulte racional y razonable, más allá de las alegaciones y las pruebas inconducentes.

## 3. LA CLARIDAD Y LA PRECISIÓN EN EL OBJETO

Si el objeto que se plantea en el escrito de inicio es impreciso, ambiguo o amplio y la sentencia del juzgador no señala claramente sus alcances, sino que se limita a hacer lugar al planteo en términos genéricos, los problemas de la imprecisión o la amplitud del objeto se trasladarán al momento de hacer cumplir la sentencia en la etapa de ejecución<sup>11</sup>.

11 En un apartado de su voto en un conocido precedente del ámbito local, el doctor Luis Francisco Lozano expresó sobre el tema que nos ocupa: "La condena analizada le impuso al demandado una obligación concebida de modo genérico. La descripción del mandato formulado por el a quo no se distingue de una orden que, simplemente, conminara a cumplir la ley" ("Barila, Santiago c/GCBA s/amparo", TSJ CABA, 4/11/2009). Con

La ambigüedad o imprecisión en el diseño del objeto puede ser un obstáculo para la procedencia de la pretensión actora cuando el tribunal advierte la imposibilidad de dar una solución concreta y ejecutable al caso que se plantea.

Entonces, la imprecisión inicial en el planteamiento del objeto necesariamente deberá desaparecer al momento de sentenciar; de lo contrario, las diferentes interpretaciones que conlleve tal amplitud deberán ser delimitadas al momento de ejecutar la sentencia. Esto es un desafío para los jueces, porque existe otro principio procesal que no debe ser desatendido y que es el de la congruencia.

Teóricamente resulta impensable fallar algo diferente al objeto trabado en la litis, pero en la práctica la decisión judicial puede no resultar claramente lineal. En este plano, las partes, sintiéndose agraviadas por la decisión judicial de fondo, apelarán la sentencia invocando que el juez de grado al sentenciar ha violado el principio de congruencia. El alcance de la sentencia y el objeto trabado en la litis presentan grises. De este problema dan muestra algunos fallos de nuestra alzada<sup>12</sup>.

En otras ocasiones, a lo largo de la tramitación del expediente, las partes van logrando consensos que exceden el objeto inicial del pleito. Es así que el objeto de la acción se va a ir acotando hasta el momento de la decisión final<sup>13</sup>.

También la ampliación del objeto a lo largo del proceso puede atribuirse a la interdependencia de derechos constitucionales en juego<sup>14</sup>.

---

cita a los precedentes "Selzer, Ernesto O. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Ramallo, Beatriz c/GCBA y otros s/amparo", el 2/12/2005 señaló en ese mismo Considerando en la causa "Barila": "Las condenas imprecisas (...) provocan un importante menoscabo en las reglas que gobiernan los procesos, especialmente en relación con el derecho de defensa. Ello así, por cuanto se difiere a la etapa de ejecución de sentencia la determinación del contenido efectivo del mandato que no viene explicitado por el pronunciamiento de cuya ejecución se trata".

12 Sala I, "Fusari Neris, Amanda y ots. c/GCBA y ots. s/amparo (Art. 14 CCABA)", expte. 33591/0, del 18/11/2011; "Monteros, Carlos Ariel y ots. y c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA)", expte. 41922/0, del 29/5/2012 y "Asesoría Tutelar Nº 2 c/GCBA y Otros s/amparo (Art. 14 CCABA)", expte. 43103/0, del 22/10/2012. Sala II, "Robledo, Carlos Sebastián c/GCBA y otros s/amparo (Art. 14 CCABA)", expte. 29447/0, del 17/5/2012; "Marchesini, María Elena c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA)", expte. 38533/0, del 13/9/2012.

13 Expte. 12975/0, "Villa 20 c/IVC s/amparo"; Expte. 31699/0, "Di Filippo, Facundo Martín c/GCBA s/amparo" y Expte. 39381/0, "Asesoría General Tutelar Nº 1 CAyT y otro c/GCBA s/amparo", entre muchos otros.

14 Ventura Robles, M. (2004): "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista IIDH*, Vol. 40, San José, pp. 87 y ss.

Entre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia se destacan: caso del "Penal Miguel Castro Castro" (párrafos 285, 293 a 295, 300 y 301), caso "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)" (párrafos 102 y 103), caso "De la Cruz Flores" (párrafos 132), caso "Tibi" (párr. 157), caso de los "Niños de la Calle - Villagrán Morales y otros" (párrafos 144, 191), caso "Comunidad Indígena XákmoK Kásek" (párrafos 194-217).

En el ámbito local: Sala II *in re* "Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/GCBA s/amparo", expte. 23.262/0, del 17/2/2009, considerando 6º.

En sentido concordante, Comisión IDH (2009): "Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay", OEA, doc. 52, año 2001, párrafo 4: "con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la

En los denominados procesos estructurales, debido a la amplitud del objeto también podrían presentarse dificultades que necesariamente deben desaparecer con la sentencia o con su ejecución, para hacer realizable su contenido.

Lograr una sentencia lo más detallada posible ayudará también en la detección de incumplimientos de la parte vencida en el proceso<sup>15</sup>.

A diferencia de la llamada primera generación de derechos constitucionales, cuya concreción puede resultar más clara, la realización de los derechos económicos y sociales puede presentarse más compleja. Esta complejidad se traduce indefectiblemente desde el comienzo del juicio hasta su cumplimiento.

#### 4. LOS MEDIOS PROBATORIOS

En este apartado, cabe exponer el debate que se ha generado respecto de que si la arbitrariedad o la ilegalidad manifiestas a las que alude la garantía constitucional del amparo, contenida en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma, permiten o no la producción de prueba para arribar a una mejor solución.

Sobre este punto, y en una materia que, por su tecnicismo, muchas veces requiere de producción de prueba para su dilucidación, el profesor de derecho tributario Rodolfo Spisso ha señalado: "la exigencia de que el acto lesivo adolezca de manifiesta arbitrariedad o ilegalidad no requiere que el vicio tenga una entidad de tal magnitud que resulte posible reconocerlo sin el menor análisis"<sup>16</sup>. En este orden de ideas, el autor referido afirma que esta acción no excluye las cuestiones que requieren trámites probatorios. Lo contrario sería negar esta vía para la discusión de temas tributarios.

---

indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos".

Asimismo: "La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza", presentado por el Relator Especial, Señor Leandro Despouy, año 1996, párrafos 176-178: "De esta manera, la extrema pobreza es un hecho particularmente revelador de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos".

15 Este problema fue expuesto por Luis Francisco Lozano en el voto de la ya mencionada causa "Selzer", cuando señaló: "La exigencia de precisión antes mencionada cobra especial intensidad en el marco de la imposición de astreintes (...) en el marco de un amparo iniciado por conflictos en torno al derecho a la vivienda (...) el pronunciamiento que admita la acción de amparo deberá contener (...) la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución (...) e indicar (...) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto".

16 Spisso, R. R. (1996): *Tutela judicial efectiva en materia tributaria. Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal*, Buenos Aires, Depalma, p. 160.

Por su parte, el profesor de derecho constitucional Néstor Pedro Sagüés ha expresado: “la manifiesta contrariedad o ilegalidad del acto lesivo puede acreditarse en el curso del juicio de amparo, y no tiene por qué basarse, indispensablemente, en pruebas preconstituidas a él”<sup>17</sup>.

La necesidad de utilizar distintos medios probatorios no desvirtúa lo manifiesto del acto o la omisión lesiva. De considerarse que la arbitrariedad o la ilegalidad no necesitaran de comprobación alguna, no tendría sentido que el ordenamiento legal proveyera una variada gama de medios probatorios, más allá de la prueba documental.

En efecto, el artículo 9º de la ley 2145 de amparo señala entre los medios probatorios: a) documental; b) informativa; c) un máximo de tres testigos; d) reconocimiento judicial y, e) prueba pericial excepcionalmente.

Los medios probatorios típicos en este tipo de acción son la prueba documental y la prueba informativa. Con menor intensidad se observa la utilización de la prueba de testigos.

El reconocimiento judicial es un instrumento interesante para que el tribunal tome contacto directo con la situación de hecho que se plantea en la causa y ha sido utilizado por algunos juzgados del fuero.

En tanto, la prueba pericial es un medio de prueba excepcional por varias razones. En primer lugar, porque la necesidad de su producción parece no acompañar el carácter manifiesto que debe tener el acto o la omisión que dan sustento a la acción de amparo.

Otro de los problemas que plantea la utilización de pericias es la determinación de la parte que en definitiva cargará con los honorarios del perito cuando el demandado es quien resulta vencedor en una acción de amparo.

Por aplicación del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, la parte actora está exenta de costas, salvo que exista temeridad y malicia. En ese caso, en principio, si la prueba pericial es solicitada por el actor y la demandada resulta vencedora del proceso, ésta se vería de todos modos obligada al pago de los honorarios del perito por aplicación expresa de la norma constitucional, situación que difiere en otros tipos de procesos. Si bien la norma constitucional facilitaría el acceso a la jurisdicción más allá de las capacidades económicas de las personas, cabe preguntarse si en acciones de amparo de contenido patrimonial no cabría hacer algún distingo<sup>18</sup>.

---

17 Sagüés, N. P. (2009): *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, p. 441 y ss.

18 Juzg. Cont. Adm. y Trib. Nº 5 CABA, “Gómez, Alfredo Alberto y otros c/GCBA s/amparo”, expte. 16.235, del 28/6/2012 y del mismo juzgado “Buscaglia, María Lucila c/GCBA s/amparo”, del 17/12/2012.

De la tramitación de diferentes acciones de amparo en el fuero pudo observarse que los tribunales suplen de distinto modo la necesidad de contar con un dictamen técnico que consideran efectivos para evitar dispendios económicos a las partes en juicio. Entre ellos, puede citarse la Dirección de Medicina Forense<sup>19</sup>, los dictámenes de los equipos de profesionales de las Defensorías<sup>20</sup> y Asesorías del Ministerio Público de la Ciudad (en los casos que ellas intervengan), equipos técnicos dependientes de la autoridad administrativa y, también, en algunos casos se ha solicitado la colaboración de profesionales que se desempeñan en el ámbito del Consejo de la Magistratura de la Ciudad.

#### **4.1. DOCUMENTAL**

Además de las acreditaciones típicas de los procesos<sup>21</sup>, existen otras que pueden acreditarse en causas en las que se discuten derechos económicos y sociales.

Las defensorías públicas del fuero Contencioso Administrativo y Tributario cubren un amplio espectro del patrocinio letrado en causas en las que se discute la entrega de un subsidio habitacional o la continuación en su provisión. En estos procesos la documental que se acompaña tiende a la comprobación de que el actor no tiene trabajo formal o carece de obra social, para lo cual suele acompañarse la certificación negativa que emite la Administración Nacional de la Seguridad Social.

---

19 La Dirección de Medicina Forense tiene dependencia jerárquica del administrador general del Poder Judicial de la Ciudad, bajo la superintendencia del Consejo de la Magistratura. La necesidad de contar con un servicio de medicina forense en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad aunada a la finalización del Convenio de Cooperación suscripto en 2008 entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura local por el que se había acordado la utilización del Cuerpo Médico Forense dependiente del Máximo Tribunal Nacional, fue la génesis del dictado de la Resolución 192/09 que creó el Servicio de Medicina Legal del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La mentada resolución previó la composición, la estructura y las funciones del Cuerpo de Medicina Legal. Éste tiene su correlato en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Nº 7) que establece, respecto del Cuerpo Técnico de Auxiliares que éstos se encuentran a disposición de los jueces o juezas o del Ministerio Público, según el caso.

20 La Resolución Nº 70 del 19/3/2009 de la Defensoría General resolvió aprobar la creación de un Registro Único de Peritos Auxiliares y Consultores Técnicos del Ministerio Público de la Defensa. En el ámbito de la Oficina de Asistencia Técnica de la Defensoría General, se organiza un Cuerpo de Asistencia a la Defensa compuesto por profesionales de distintas ramas que prestan colaboración cuando le es requerida su intervención por cuestiones de su incumbencia.

21 La identidad de quien se presenta, el domicilio, el vínculo entre quienes accionen o hagan valer una representación en la causa, aquellos que den cuenta del estado de salud, copia de historia clínica, prescripciones médicas, las negativas de la autoridad administrativa a proporcionar lo solicitado o pedidos a la autoridad no respondidos, entre otras.

En los casos en los que se promovieron acciones de amparo tendientes a solicitar el acceso a alguno de los programas alimentarios que ha diseñado la Ciudad se suele acompañar como prueba documental, para exponer los costos de la canasta familiar, el listado de precios de los alimentos obtenido de los sitios de Internet de los hipermercados con reconocida trayectoria.

#### 4.2. RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Ésta es otra herramienta que utilizan los juzgados para tomar contacto con la situación de hecho que plantea el expediente. La mención que hace el artículo 9º de la ley de amparo debe complementarse con lo dispuesto por los artículos 387 y 388 del Código Contencioso Administrativo y Tributario.

Se ha dicho que es la “prueba cuyo fin es ubicar al juez frente a determinado objeto, con el propósito de lograr que adquiera del mismo una vivencia propia”<sup>22</sup>.

En el caso “Agüero”<sup>23</sup>, ante la descripción en el escrito de inicio respecto de que debido al desalojo de las personas del inmueble privado, éstos estaban pernoctando en la vereda, como medida para mejor proveer se dispuso la realización de una inspección ocular del juzgado. Se fijó una fecha para su realización y se dio a las partes debido traslado de la orden dispuesta.

También se recurrió a esta herramienta para tomar contacto con el estado de la infraestructura del Hospital Gutiérrez<sup>24</sup>, así como para resolver la medida cautelar solicitada por una asociación de médicos en el marco de una acción de amparo en la que se sostenía que no había profesionales suficientes para el examen de estudios patológicos en el Hospital General de Agudos Teodoro Álvarez<sup>25</sup>; la Cámara utilizó este medio probatorio para resolver una apelación que involucraba el ofrecimiento de una institución de internación por parte de la OBSBA<sup>26</sup>.

---

22 Falcón, E. M. (1998): *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Leyes Complementarias*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 777.

23 Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib; resolución interlocutoria del 22/2/2002.

24 En la causa “Asesoría Tutelar Nº 1 CCyT c/GCBA s/amparo” (expte. 34.017/0), el Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib. dispuso el 6/9/2010 la realización de un reconocimiento judicial.

25 “Asociación de Médicos Municipales c/GCBA s/amparo” (4523/0), Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib., resolución del 6/3/2002.

26 Cám. Cont. Adm. y Trib., Sala II, “Bocchino, Marta Laura c/OBSBA y otros s/amparo”, del 9/2/2012.

En la causa "Acuña, María Soledad", aún en etapa de ejecución de sentencia el Juzgado Nº 12 dispuso un reconocimiento judicial del Hospital Braulio Moyano a pedido de la Asesoría Tutelar<sup>27</sup>.

### 4.3. PERITOS

Sin perjuicio de la excepcionalidad en la utilización de este medio probatorio, en cuestiones técnicas que por su complejidad escapan al conocimiento de un lego resulta necesario recurrir al experto de la materia de que trate el pleito. Reitero que no debe confundirse el carácter manifiesto que deben tener la ilegalidad o la arbitrariedad con la falta de producción probatoria.

La insaculación del perito proviene de la lista de profesionales acreditados en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad<sup>28</sup>.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha señalado en el artículo 58 que la Universidad de Buenos Aires y las demás universidades nacionales son consultores preferenciales de la Ciudad.

Así, en acciones de amparos no patrimoniales se ha optado por solicitar la propuesta de expertos a las distintas cátedras de las facultades de la Universidad Nacional de Buenos Aires<sup>29</sup>.

También se ha solicitado al Consejo de la Magistratura de la Ciudad la designación en carácter de peritos de profesionales que se desempeñan en la órbita del Consejo para el esclarecimiento técnico de las causas<sup>30</sup> o de otras instituciones que cuenten con trayectoria probada en el tema técnico bajo análisis<sup>31</sup>.

27 Auto de fecha 17 de mayo de 2012.

28 Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, res. CM Nº 152/99, Título III, punto 3.3.

29 Juzgado Nº 12 Cont. Adm. y Trib., "Martínez, María del Carmen c/GCBA s/amparo"; Juzgado Nº 7 Cont. Adm. y Trib., "Baltroc, Beatriz Margarita y otros c/GCBA s/amparo"; Juzgado Nº 4 Cont. Adm. y Trib., "Rabuffetti, Mariano Alberto y otros c/GCBA s/amparo"; Juzgado Nº 3 Cont. Adm. y Trib., "Barragán, José Pedro y otros c/ Autopistas Urbanas S.A. - Gustavo Cima y otros s/amparo".

30 "Asesoría Tutelar Nº 1 CCAyT c/GCBA s/amparo" (expte. 34017/0), Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib. En esa ocasión el juzgado le solicitó al Consejo de la Magistratura de la Ciudad la colaboración de un profesional arquitecto a efectos de que informara periódicamente el avance de las obras determinadas en las actuaciones, los proyectos técnicos, del expediente licitatorio y/o de contratación, la ejecución de obras en curso y a ejecutarse en el Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez y toda otra información relacionada con las reformas edilicias (27/12/2010).

31 Por ejemplo, en la causa "Barragán, José Pedro y otros c/Autopistas Urbanas S.A. - Gustavo Cima y otros s/amparo", Juzgado Nº 3 Cont. Adm. y Trib., del 21/12/2006, se ha solicitado la realización de pericias al Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI).

La Dirección de Medicina Legal del Consejo de la Magistratura de la Ciudad ha demostrado gran versatilidad en el manejo de distintos temas médicos que se presentan a su conocimiento.

## **5. OTROS MEDIOS PROBATORIOS**

El artículo 9º de la ley 2145 parece admitir sólo los medios probatorios que enumera. Sin embargo, se observa que cada juzgador, sin desvirtuar la naturaleza de la acción de amparo, ha evaluado en los distintos casos examinados qué tipo de actividad probatoria se necesita producir para llegar a la solución más razonable que plantea cada caso.

Ello sin acudir a los medios probatorios prohibidos, como la prueba confesional.

Recordemos que el artículo 302 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, de aplicación supletoria a la ley 2145, dispone que la prueba debe producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el tribunal disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando analógicamente las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el tribunal.

### **5.1. LAS INSPECCIONES REALIZADAS POR ÁREAS TÉCNICAS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

Si dentro del objeto de la acción se exponen cuestiones que para la resolución de la causa necesitan de precisiones técnicas, el Tribunal para la toma de una decisión cautelar o de fondo puede solicitar a personal especializado, incluso del ámbito de la Administración, que realice inspecciones y presente un informe del estado de situación. Ese aporte, por más que no resulte vinculante para la decisión final, sí será un fuerte indicio sobre áreas de conocimiento específicas que escapan a la formación de los abogados.

El ejemplo más típico está representado por las inspecciones para constatar la situación de seguridad de instalaciones eléctricas, de gas o de infraestructu-

ra de bienes inmuebles. En estos casos se ha solicitado informes a la Superintendencia de Bomberos de la Nación<sup>32</sup>.

Cuando se esgrimen problemas sanitarios que pudieran afectar a un establecimiento comercial también los juzgados requieren que la inspección la realice el área pertinente del gobierno, a cargo de la función de policía.

No pueden dejar de mencionarse en este relato los informes socioambientales cuya producción se requiere a las áreas de la Defensoría General de la Ciudad. Si bien no existe una normativa que imponga la obligación de acompañarlos, es preciso decir que se han convertido en una medida práctica a fin de sumar un elemento probatorio que acredite la situación que se invoca en cada caso. Por otro lado, en el ámbito de la Oficina de Asistencia Técnica de la Defensoría General, se organiza un Cuerpo de Asistencia a la Defensa compuesto por profesionales de distintas ramas que se disponen a colaborar cuando es requerido a fin de llegar a un conocimiento más acabado de las situaciones que se plantean.

El Ministerio de Desarrollo Social también cuenta con asistentes sociales que brindan informes en casos que involucran a personas en situación de calle.

## **6. DISTINTOS MODOS DE LLEGAR A UNA SOLUCIÓN CONSENSUADA**

En general, en las acciones de amparo que involucran derechos económicos, sociales y culturales puede observarse una tendencia, por el tipo de derechos que están involucrados, a la búsqueda de soluciones conciliadoras.

La audiencia ha dejado de ser la antesala de la apertura a prueba y se ha convertido en un mecanismo utilizado por las partes para la búsqueda de consenso. La consecuencia más visible de la mayor utilización de este canal es que la construcción de acuerdos entre las partes acota la decisión que finalmente tomará el juez.

### **6.1. MESAS DE DIÁLOGO**

En los denominados juicios estructurales, que requieren de soluciones escalonadas para avanzar en la concreción de su objeto, un modo que han hallado

<sup>32</sup> Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib., "Paredes, Margarita Haydée y ots. c/GCBA y otros s/amparo"; de ese mismo juzgado "Diel, Carlos Alberto y ots. c/GCBA s/amparo"; Juzgado Nº 13 Cont. Adm. y Trib., "Parpagnoli, Máximo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", expte. 36151/0, del 16/6/2010.

las partes para alcanzar acuerdos y desde ellos ir avanzando en la construcción de otros es el mecanismo de las llamadas “mesas de diálogo”.

Además de estar conformadas con las partes procesales, estas mesas se ven beneficiadas por la conformación de todos aquellos actores que puedan tener incidencia en la solución del conflicto traído a juicio. La utilidad de esta herramienta depende de la integración de la mesa. Se observa de las diferentes causas en las que se ha aplicado este procedimiento que su conformación puede ser propuesta por las partes o por el propio tribunal.

El juzgado podrá pautar plazos de reunión de la mesa o dejar que de la propia dinámica del proceso surjan espontáneamente las reuniones.

Los acuerdos podrán ser presentados por escrito al juzgado u oralmente en el ámbito de las audiencias. A partir de la consolidación de estos espacios, las partes podrán avanzar en la cristalización de acuerdos consensuados. Si no es factible la construcción de acuerdos, este mecanismo pierde utilidad.

Éste fue el modo en que se desarrolló, a lo largo de varios años y abarcando distintas administraciones, la solución en la causa “Agüero, Aurelio Eduvigio y otros c/Gobierno de la Ciudad s/amparo”<sup>33</sup>.

Recientemente, la Sala I del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad ordenó la conformación de una mesa de diálogo<sup>34</sup>.

## **7. MODOS DE COMPELER AL CUMPLIMIENTO ESTATAL**

Una vez dictada la sentencia de amparo, el artículo 20 de la ley 2145 dispone que la apelación contra la resolución que resuelve el fondo es en relación y con efectos suspensivos.

La sentencia, una vez firme, será pasible de ejecución y su cumplimiento se podrá exigir en la vía judicial si la parte que resultó vencida en el proceso no acatara el fallo judicial.

---

33 Expte. Nº 4437/0, Juzgado Nº 5 Cont. Adm. y Trib. Nº 5. En este precedente fueron múltiples los actores que activamente trabajaron en las mesas de diálogo. Además de los vecinos involucrados en la acción, en representación de las familias, participaron el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, la Asesoría Tutelar de Primera Instancia a cargo del doctor Gustavo Moreno, el Instituto de la Vivienda de la Ciudad, así como órganos de decisión ministeriales de la Ciudad (como la entonces Secretaría de Desarrollo Social de la Ciudad).

34 Cám. Cont. Adm. y Trib., Sala I, “Asesoría Tutelar Nº 2 y ots. c/GCBA s/otros procesos incidentales”, del voto de los doctores Horacio Corti e Inés Weinberg, 13/7/2012.

### **7.1. EL OTORGAMIENTO DE PLAZO**

Es fundamental el establecimiento de un plazo razonable para el cumplimiento de una sentencia de condena que obliga a dar, abstenerse o a realizar una determinada conducta.

Existe una normativa específica en el Código Contencioso Administrativo y Tributario local respecto de la ejecución de sentencias en causas en que la autoridad administrativa debe cumplir con una obligación que no consista en dar sumas de dinero.

En efecto, el artículo 395 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad prevé un plazo de sesenta días, computados desde la notificación de la sentencia condenatoria, para dar cumplimiento a las obligaciones en ellas impuestas.

### **7.2. ASTREINTES**

El artículo 30 del Código Contencioso Administrativo y Tributario dispone que los jueces pueden imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe es a favor del titular del derecho afectado por el incumplimiento. Admite, cuando la ley lo permite, la aplicación de sanciones conminatorias a terceros.

Esta norma fue innovadora al momento de la sanción del Código Procesal porque su cuarto párrafo contempló expresamente la imposición de sanciones a la autoridad administrativa que pueden hacerse efectivas en la persona del funcionario responsable de máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en el incumplimiento.

Se ha dicho que la imposición de sanciones conminatorias tiene como presupuesto la demostración de que el obligado se sustrae voluntaria y deliberadamente al cumplimiento de la prestación que debe, actuando aquélla a modo de "coacción psicológica, con el objeto de vencer la resistencia del obligado reuente y lograr el cumplimiento estricto del deber jurídico impuesto en una resolución judicial"<sup>35</sup>.

Las astreintes no causan estado ni pasan en autoridad de cosa juzgada y pueden ser revisadas y aun dejadas sin efecto si el deudor justifica total o par-

---

35 Sala I, "Puscama, Juan c/V. M. y ots. s/otros procesos incidentales", expte. 39141/2, del 29/5/2012.

cialmente su proceder. En efecto, uno de los caracteres esenciales de este tipo de sanciones es su provisionalidad<sup>36</sup>.

Es interesante hacer una breve mención a las distintas posiciones de los tribunales en cuanto al destino de las astreintes. En la causa "Halfón, Samuel c/ GCBA y otros s/amparo por mora administrativa"<sup>37</sup> la Sala I dijo que, atento al carácter colectivo del objeto procesal y considerando que el artículo 30 del Código Contencioso ha tenido en miras un proceso individual, el destino de la sanción conminatoria debe ser fijada por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

En la causa "Puscama", que tenía por objeto discutir la sanción fijada a un funcionario en el marco de una acción de amparo donde se debatía la procedencia de un derecho económico, social y cultural, declaró la inconstitucionalidad de oficio de la parte de la norma que indica que las sanciones deben establecerse en beneficio del actor, no obstante no haber en este caso –a diferencia de "Halfón"– un carácter procesal colectivo.

Por otro lado, en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad<sup>38</sup>, se decidió dejar de lado el criterio sentado en por la Cámara de Apelaciones en los precedentes citados *ut supra*, manteniendo el fin que el artículo 30 del CCAYT prevé para este tipo de sanción.

## 8. CONCLUSIÓN

Lo expuesto en este trabajo surge de la lectura de diferentes causas que han tenido o tienen trámite en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Queda como reflexión la imposibilidad de abarcar el sinnúmero de vicisitudes procesales que pueden presentarse en las acciones de amparo que versan sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien en principio las cuestiones procesales que envuelven las acciones de amparo no deberían presentar variaciones según el tipo de derecho involucrado, se puede observar algunas diferencias según el matiz de éste.

Quizás otras peculiaridades podrían analizarse si estuviéramos ante acciones de amparo referidas a discusiones patrimoniales.

---

36 *Ibidem*.

37 Sala I, "Halfón, Samuel c/GCBA y otros s/amparo por mora administrativa", expte. 28975/0, del 3/12/2010.

38 TSJCABA, "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", del 06/2/2013.

No obstante ello, el Poder Judicial de la Ciudad sigue construyendo su jurisprudencia, lo que impide dar por cerrado y sentado el análisis casuístico que ha intentado abarcar este estudio. Nuestra pretensión se limita al análisis del tema en un momento determinado.

# DERECHOS SOCIALES: CONFLICTO Y SOLUCIÓN

DRA. ANDREA DANAS<sup>1</sup>

*“El mundo ha cambiado, y nosotros debemos cambiar con él”*

BARACK OBAMA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es esbozar un análisis de los casos judiciales en los que se debaten derechos sociales, vistos éstos a partir de una teoría del conflicto, para luego indagar cuál debe ser el perfil a adoptar por los jueces que deben asegurar su ejercicio.

Para ello, se partirá de la noción de conflicto, se analizarán los elementos centrales que lo componen y las herramientas que dicha teoría puede aportar para arribar a una solución.

## 2. LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos económicos, sociales y culturales constituyen una amplia categoría de derechos humanos que incluyen el derecho a la vivienda, a la salud, a la alimentación, al trabajo, a la educación y a la cultura, entre otros.

El responsable de su garantía es el Estado. Son los gobiernos nacionales y locales quienes deben, no sólo no transgredirlos, sino respetarlos, protegerlos y además realizarlos, haciéndolos efectivos en la práctica.

---

1 Jueza de primera instancia ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo del Juzgado Nº 9.

2 Discurso pronunciado tras su juramento como presidente de los Estados Unidos de Norteamérica el 20 de enero de 2009.

### 3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO CONFLICTO

La existencia de derechos plasmados en normas internacionales e internas como la Constitución Nacional, las provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires genera la obligatoriedad de su satisfacción por parte del Estado.

Frente a un derecho vulnerado, se suscita un conflicto entre la/s persona/s que lo/s demanda/n y el Estado que debe garantizarlos.

El conflicto "consiste en un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia"<sup>3</sup>.

El conflicto es esencialmente una relación social, en la que existen objetivos incompatibles entre los distintos integrantes. Existe una persona que reclama algo y otra enfrente que se niega a darlo.

El sistema jurídico, como técnica de motivación social, establece normas cuyo fin es disuadir conductas declaradas prohibidas, poniendo a disposición de una de las partes el monopolio de la fuerza estatal a ese respecto.

Cuando en una relación social se enfrentan dos pretensiones incompatibles, sus miembros tratan de indagar quién tiene razón, quién es el titular del derecho y, en consecuencia, quién está obligado a satisfacerlo.

El ordenamiento jurídico establece el principio de clausura, en el que todo lo que no está prohibido por las normas se considera jurídicamente permitido. La consecuencia principal de esto es que el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de normas que resuelve todos los enfrentamientos posibles.

Aun cuando esta concepción aparece como muy simple, en tanto las ideas filosóficas acerca de la noción de derecho han discurrido largamente –cuestión sobre la cual ahora no nos detendremos–, lo cierto es que en este esquema todo lo no prohibido está permitido.

Frente al planteo referido a los derechos sociales, cabe la pregunta acerca de cómo se demanda la satisfacción de derechos sociales, qué es lo prohibido y, por ende, lo permitido.

La tríada clásica de obligaciones de dar, hacer y no hacer se repite, ya veremos, también en el marco de los derechos sociales y, en este esquema, diremos que lo prohibido para el Estado que debe garantizar los derechos sociales

---

3 Julien Freund, citado y traducido por Entelman, R. (2002): *Teoría de conflictos, hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, p. 45.

es precisamente su omisión de hacerlo. Está prohibido omitir su realización, aun cuando a veces ésta pasa por un deber de abstención, por un requerimiento de no hacer, como por ejemplo cuando se requiere que en pos de la satisfacción de derechos urbanísticos se impida la construcción de una obra edilicia que afecta el medio ambiente.

A partir de esta premisa, surge jurídicamente la noción de conflicto.

Existen uno o varios actores que demandan, en forma individual o colectiva, la satisfacción de —a su vez— uno o varios derechos sociales frente a un Estado que con frecuencia no advierte, en ocasiones la obligatoriedad, en otras el alcance de esa obligación de garantía.

Hasta aquí hemos definido la demanda de derechos sociales como un conflicto que se suscita a partir de la “prohibición de omisión” que se genera en cabeza del Estado frente a la pretensión de que éste dé, haga o no haga algo relativo a esos derechos.

#### **4. ACTORES INDIVIDUALES Y ACTORES COLECTIVOS**

Los derechos sociales pueden ser demandados en forma individual o colectiva, dadas su complejidad y multiplicidad y las aristas que ofrecen.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los amparos en reclamo de una vivienda, de planes alimentarios o de una vacante escolar, entre muchas otras, dan cuenta de las necesidades individuales de los más vulnerables, que acceden al planteo judicial luego de un recorrido administrativo infructuoso o insuficiente en términos temporales o de cuantía de la pretensión.

Pero también existen numerosos litigios en los que es el Ministerio Público Tutelar quien actúa en defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes o de personas con padecimientos mentales, reclamando la reparación edilicia de hospitales públicos o la implementación de una política pública para quienes consumen sustancias adictivas.

En otros casos, diversas organizaciones de la sociedad civil reclaman en forma conjunta o independiente diferentes prestaciones en nombre de un colectivo comunitario que brega en pos de esos derechos. Tal es el caso de los derechos urbanísticos, los derechos culturales o el derecho a la salud, por ejemplo.

En el caso de los actores colectivos, los conflictos por los derechos sociales adquieren ciertas particularidades. Entre ellos pueden existir incluso relaciones de conflicto y de cooperación simultáneamente (imaginemos por ejemplo un grupo de vecinos de un barrio que frente a una misma necesidad relativa al uso

del espacio público reclaman prestaciones diferentes en términos de contenido concreto). Son problemas de identidad y de fragmentación.

De esta manera, la existencia de conflictos internos en un actor colectivo enfrentado con un adversario externo puede complicar y alterar la identificación del adversario y la consecuente solución del litigio.

El llamado “frente interno” de un grupo social durante un conflicto de alta intensidad es visto a veces como un verdadero tercero con quien es posible gestionar alianzas o coaliciones<sup>4</sup>.

Las complejidades apuntadas alertan sobre la necesidad de prestarles atención; su ponderación es indispensable tanto para la administración como para el proceso de resolución del conflicto.

La cuestión se intensifica si además hay varios actores con incompatibilidades cruzadas.

Cuando ello sucede, generalmente se perfilan inicial o progresivamente dos bandos dentro de los cuales se agrupan todos los miembros de la relación, teniendo en cuenta sus coincidencias sobre los temas que más les interesan o que simbolizan sus mayores intereses<sup>5</sup>.

## **5. CONCIENCIA DEL CONFLICTO POR SUS ACTORES**

La conciencia del conflicto supone que un actor admite encontrarse con respecto a otro en una relación en la que ambos tienen –o creen tener, como antes señalamos– objetivos incompatibles.

Se puede tener percepción de incompatibilidad de objetivos y no tener conciencia de estar en conflicto, como ocurre cuando alguien cree que su pretensión no está jurídicamente prohibida.

En el esquema “permitido vs. permitido” se torna muy dificultoso entender que alguien no tiene ninguna “obligación” respecto de otro que esté en conflicto con él.

Esto es lo que sucede en ocasiones, cuando el Estado considera que la pretensión del actor no resulta obligatoria para su parte porque constituye una facultad discrecional o porque –por ejemplo– la falta de reglamentación de determinada ley no torna exigible el cumplimiento de lo que se solicita.

---

4 Entelman, R., op. cit., pp. 80-81.

5 Entelman, R., op. cit., p. 86.

En la mayor parte de las situaciones en las que un actor no toma conciencia de estar en conflicto con otro, considera que no está obligado a tomarlo como interlocutor por ninguna norma.

Sin embargo, cuando el conflicto existe, tarde o temprano, las partes terminarán por reconocerse mutuamente el carácter de interlocutor y por ende la facultad de “conflictuar”, es decir, de tener metas propias y antagónicas.

En este sentido, la existencia de un pleito judicial forzosamente establece las reglas de juego para la contienda que se da en un ámbito donde el antagonismo no puede ser soslayado.

## **6. LOS OBJETIVOS DE LAS PARTES**

Ya hablamos de la incompatibilidad de objetivos que se da entre las partes en conflicto y la necesidad de que ello sea percibido como tal, en pos de la búsqueda de una solución.

Ahora bien, esos objetivos o metas son conceptos –en el amplio sentido de la expresión– materiales o espirituales a los que cada actor agrega un valor.

Los objetivos pueden ser concretos, simbólicos o trascendentes. Los primeros son tangibles, divisibles, de satisfacción inmediata.

Los simbólicos son aquellos que representan alguna otra meta deseada, lo cual torna más difícil su solución, pues todo es visto como ganancia o pérdida.

Por último, en los objetivos trascendentes el valor mismo está puesto como objetivo y aquí también se dificulta la posibilidad de coincidir en la creencia de que existen soluciones.

Sin embargo, aun cuando así fuera, dictada la sentencia se abre la posibilidad para el juez de convertir esos objetivos trascendentes que por definición aparecen como innegociables y absolutos en un haz de objetivos más concretos, pequeños, divisibles, cuantificables y con posibilidades de ser satisfechos. Sobre esta cuestión volveremos en los puntos siguientes.

## **7. DERECHO Y VIOLENCIA. PUNTO DE PARTIDA PARA UN NUEVO PARADIGMA JUDICIAL**

El Derecho es un método violento de resolución de conflictos.

El Derecho contiene violencia, en tanto tiene el monopolio de la fuerza para aplicar sanciones y castigar conductas que se describen como indeseadas para una sociedad.

En términos kelsenianos, el derecho, como orden coactivo, exhibe su abanico de violencia legitimada en las normas jurídicas.

La sanción entendida como privación de un bien (vida, libertad, propiedad) resulta, así, el elemento más importante de la Teoría Pura del Derecho, pues es a partir de ella que se organizan y describen los conceptos de deber jurídico, hecho ilícito, responsabilidad jurídica. Ella será aplicada por el juez con independencia de la voluntad del sancionado y aun en su contra.

Admitido esto, se advierte que el juez administra la violencia en el Derecho.

El sistema jurídico lo ubica en posición de administrador –durante el proceso judicial– de la violencia que se encuentra contenida en el Derecho y en las partes en conflicto.

Las normas procesales distribuyen el equilibrio entre los litigantes, de modo que a todos se les asegure la defensa en juicio, la igualdad de oportunidades para ser oídos, ofrecer y producir prueba y para obtener una decisión fundada.

Poder y violencia son conceptos ínsitos en el Derecho, aun cuando éste se esfuerce en negarlo o no advierta con claridad cuánto de ello recepta en su formulación y su despliegue<sup>6</sup>.

La sentencia es un punto de llegada en la violencia contenida en el conflicto planteado, y a la vez supone un punto de partida para el nuevo esquema que se propone.

Dictada y firme que se encuentre la decisión final, lejos de ser el fin del conflicto, es sólo una nueva etapa que debe encaminarse hacia una solución progresiva.

La excepción a esto se dará en el caso de obligaciones de no hacer, donde, admitida la pretensión de la parte actora, la demandada sólo deberá abstenerse de realizar la conducta cuestionada en el litigio y, en caso de que ello no sea obedecido, se ejercerá la fuerza necesaria para vencer su resistencia.

En los casos de obligaciones de dar, y más aún en las obligaciones de hacer referidas a derechos sociales comienza, como antes se expresara, un nuevo camino.

Nos referimos a la sentencia definitiva porque ella expresa –al menos en términos formales– la imposibilidad de una nueva discusión sobre el punto en conflicto y, en tal sentido, obliga a las partes a aceptar la decisión judicial y sus consecuencias.

En algunos casos el comienzo del diálogo puede darse desde el inicio mismo del proceso, con o sin el dictado de una medida cautelar.

---

6 Sobre el particular ver Entelman, R. (2006): “Discurso normativo y organización del poder”, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, p. 209 y ss.

El juez siempre puede –preservando su imparcialidad y cuidando de no prejuzgar sobre el fondo del conflicto– invitar a las partes a formular sus pretensiones en una audiencia, a intercambiar opiniones, a proponer soluciones.

Pero sin dudas a partir de la sentencia definitiva, el juez puede y debe utilizar todas las herramientas necesarias para el cumplimiento de su sentencia.

Se convierte así en una suerte de mediador, pero no un mediador común, sino uno privilegiado, pues será, sin dudas, un mediador con poder.

¿En qué términos se plantea esto?

Pues bien, declarada favorable la pretensión actora, se trata ahora de encaminarse a su satisfacción. Pero esa pretensión puede ser de objeto amplio y requerir, para su cumplimiento, el involucramiento de múltiples actores. Pensemos por ejemplo en sentencias de derechos sociales que requieren para su ejecución la participación de diferentes órganos o ministerios. Tal es el caso donde se demanda, por ejemplo, la urbanización de asentamientos y se requiere la ejecución de múltiples obras.

Aquí se hará imprescindible la citación a audiencias de diferentes funcionarios, con el fin de desmenuzar el objetivo en metas concretas, divisibles, cuantificables.

Los derechos sociales a menudo involucran cuestiones multidisciplinarias. Se requiere la intervención de los Ministerios de Desarrollo Social, Salud, Educación, Ambiente y Espacio Público, Trabajo, etcétera.

Los mecanismos que proponemos en este trabajo actúan fundamentalmente en la etapa de ejecución.

De poco han servido a lo largo de estos años las viejas astreintes contenidas en nuestro art. 30 del CCAyT. Se hace necesario disolver la pasividad o la inacción de la Administración con otros métodos, como la celebración de audiencias con la convocatoria de los funcionarios con competencia específica en cada prestación particular que se requiera.

El diálogo entre las partes y el juez en su metamorfosis hacia un mediador resulta imprescindible.

Este recurso resulta costoso en todos los sentidos de la palabra.

Los espacios físicos resultan inadecuados, tanto en sus dimensiones como en las posibilidades reales de que las partes puedan ser escuchadas.

No se trata de celebrar audiencias multitudinarias, sino de contar con espacios que puedan albergar a los portavoces esenciales del conflicto colectivo.

También es cierto que demandan la presencia personal del magistrado, e insumen un tiempo considerable, que a veces conspira contra la administración de justicia del resto de las causas del juzgado.

Sin embargo, resultan un verdadero desafío para los derechos sociales de este siglo XXI.

No se requieren modificaciones normativas sustanciales. Las facultades ordenatorias e instructorias contenidas en el art. 29 del CCAYT permiten al juez arrimar a las partes a una posible conciliación y evaluar en audiencias o pedidos de informes las etapas del conflicto para analizar los pasos siguientes.

Resulta fundamental sopesar lo que se ha dado en llamar la intensidad del conflicto. En ocasiones he llamado a esto –en términos coloquiales– “tomar la temperatura del expediente”.

Se advertirá así en qué nivel de hostilidad se encuentran las partes, no en términos personales, sino en cuanto a la posibilidad de negociar o conciliar algún aspecto de la pretensión.

También las personas en concreto pueden encontrarse en un momento hostil de la relación y esto, con seguridad, complicará aún más la posibilidad de una solución.

Habría que cuantificar la intensidad para luego buscar aquellas medidas conducentes para trabajarla.

Habría que evaluar también la escalada y desescalada de dicha intensidad.

Cuando no sea posible trabajar el conflicto por la intensidad que exhibe, se podrá, en cambio, introducir pequeñas propuestas de diálogo o de acuerdo, con miras a producir una desescalada que permita en un futuro retomar la posibilidad de acuerdo sobre otras cuestiones que en la actualidad no resultan pasibles de diálogo.

Reduciendo la conflictividad con pequeños actos positivos, se reanuda la confianza entre las partes y disminuye la hostilidad entre ellas, lo cual produce un campo fértil para la posible solución.

Se debe tener en cuenta que cualquier sentencia con objeto complejo, con una pretensión de hacer más o menos importante, demandará, sin dudas, tiempo y esfuerzo para todos los actores, y también para el juez.

Pretender la ejecución de la sentencia en forma automática resulta ilusorio y sólo conduce a viejos mecanismos de ejecución judicial que tal vez resulten útiles en procesos diferentes a los que aquí planteamos.

Por otro lado, el cumplimiento pautado, gradual y progresivo de la sentencia produce en las partes una disolución de la “ajenidad” con la que se vive la decisión.

Las partes comienzan a sentir que la sentencia les pertenece; no resulta “impuesta”, sino que ellos son parte integrante del anterior conflicto, convertido ahora en posible solución.

Esto se logra con la mayor participación de los actores en las acciones y las decisiones que se adoptan y con el compromiso de todos ellos y del juez.

## **8. CONCLUSIONES**

Los derechos sociales en su faz individual, pero más aún en su faz colectiva, reclaman una mirada diferente por parte de los tribunales.

La visión desde la teoría del conflicto permite incorporar conceptos tales como el conflicto mismo, la existencia de objetivos incompatibles, la necesidad de su percepción por parte de los actores, la intensidad, la escalada y desescalada, la multiplicidad y variedad de los objetivos, etc., elementos éstos que resultan útiles a los magistrados que deben llevar adelante litigios estructurales, también llamados de derecho público, cuando en ellos se debaten derechos sociales de compleja solución.

Advertir las sutilezas que se dan cuando se identifican estos conceptos y trabajar sobre un modelo diferente de gestión judicial de los conflictos resulta un verdadero desafío para los jueces de hoy.

Ya no basta con la idoneidad técnica de un juez para garantizar el buen funcionamiento de los tribunales. La formación continua en buenas prácticas de gestión judicial resulta imprescindible para quien debe administrar recursos materiales, humanos y temporales con miras a lograr eficiencia y eficacia.

Es muy importante una buena sentencia, pero también lo es un proceso ordenado, con resoluciones y providencias que se dicten en los plazos más breves que resulta posible.

Y aun así, el desafío surgirá al momento de ejecutar la decisión firme.

Aquí será importante la flexibilidad y la ductilidad con que el magistrado instrumente la ejecución de su sentencia.

Para ese momento, requerirá nuevas herramientas de gestión, formación en técnicas de mediación, identificación de problemas que exceden las cuestiones jurídicas, capacidad de adaptación a nuevas situaciones de administración del conflicto.

Como señalara al principio de este trabajo, en palabras de Barack Obama, "El mundo ha cambiado y nosotros debemos cambiar con él". Quien no comprenda la simpleza y la complejidad de estas palabras no comprenderá tampoco las demandas que la ciudadanía tiene frente a los jueces del nuevo milenio.

# UN DESAFÍO VALIOSO: EFECTIVIDAD MATERIAL Y TEMPORAL FRENTE A LO DISPUESTO EN UNA SENTENCIA COMPLEJA

DR. JORGE BULLORINI<sup>1</sup>

*Aquel que en cuestiones de justicia decide ser neutral  
se sitúa del lado de la injusticia*

## 1. INTRODUCCIÓN. ESTRUCTURA DEL CASO COLECTIVO. BREVE ANÁLISIS

Un extenso desarrollo doctrinario se desplegó en torno a una cuestión tan trascendente como el *acceso a la justicia*. Aun hoy en día no está plenamente garantizado como una respuesta automática hacia el reclamo particular, a lo que se suman nuevas aristas de conflicto que trascienden el plano individual, como consecuencia del propio devenir social. Esto obliga a rever razonamientos procesales arraigados en la costumbre de años a fin de implementar una estructura apta para interactuar frente a un nuevo contexto.

Surge como consecuencia directa de la mentada evolución un esquema de proceso judicial altamente complejo y extremadamente distinto, tanto por sus objetivos, sus alcances, sus fundamentos y sus finalidades como por las partes involucradas. En una aproximación general<sup>2</sup>, podemos llamarlos “acciones colectivas”, simplemente por el hecho de abarcar más que lo individual y repercutir en el mayor plano de lo social. Preliminarmente se pueden definir como

<sup>1</sup> Asesor Tutelar de primera instancia ante el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo de la Asesoría N° 3.

<sup>2</sup> No es el objeto de este trabajo plantear acabadamente la estructura de los procesos colectivos en torno a sus tres elementos: sujeto, objeto y causa colectivos, sino centrarse en la problemática que plantea la ejecución de las sentencias que se dictan en ellos.

el sistema destinado a la solución de conflictos jurídicos que afectan a sujetos múltiples indeterminados o difusos, activos, pasivos o mixtos, ligados por derechos transindividuales indivisibles o divisibles –conexos, en este último caso, por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez–, articulados bajo una pretensión fundada en hechos comunes o en una relación jurídica de base. Es decir, se basan en intereses grupales, difusos o colectivos, de los que muchos son titulares, ello dentro del amplio espectro que entiende una situación colectiva involucrada.

No deja de ser el reconocimiento a una situación que jurisprudencialmente se ha configurado de hecho. Cuando la Corte Suprema de la Nación resuelve casos cuya temática trasciende problemáticas sociales, si bien tiene eficacia directa entre las partes actuantes en el proceso concreto, se proyecta también jurídica y argumentalmente en la generalidad (a modo ejemplificativo, casos como “Arriola, Sebastián y otros”; “Mendoza, Beatriz y otros c/Estado Nacional”; “Verbitsky, Horacio”; “Badaro, Adolfo V. c/Anses”, entre otros).

Vale recordar la clasificación efectuada por el Dr. Lorenzetti, que reconoce tres categorías de derechos en este marco predeterminado: derechos sobre bienes jurídicos individuales que se traducen en el modelo de litigio individual tradicional, derechos sobre intereses individuales homogéneos en los que la afectación es individual pero el interés es homogéneo, ergo susceptible de una decisión única, y derechos sobre bienes jurídicos colectivos en los que el bien jurídico y, consecuentemente, el titular del interés es un grupo<sup>3</sup>.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha marcado en el precedente “Halabi”, que corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos los supuestos es imprescindible la comprobación de existencia de un “caso” (arts. 116 CN y 2 de la ley 27, y Fallos: 310:2342, consid. 7º; 311:2580, consid. 3º, entre otros), el cual se configurará de una manera diferente dependiendo del supuesto de que se trate. Esto último, en pos de evitar que sólo se persiga el control de la mera legalidad, por ejemplo, de una disposición.

A través de estos nuevos complejos procedimentales se ha buscado tutelar la protección del medio ambiente, el patrimonio cultural y una amplia gama de derechos sociales que van creciendo en su reconocimiento como indis-

---

3 Lorenzetti, R. L. (2010): Justicia colectiva, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., p. 19.

pensables. Esto conlleva aceptar la configuración de nuevos daños, nuevas responsabilidades y obligaciones y un nuevo tipo procesal.

Evidentemente, por sus implicancias no pueden ser ajustados al sistema clásico del litigio individual, susceptible de apreciación pecuniaria o no, procesos donde las partes son perfectamente individualizables y las sentencias las alcanzan de una manera concreta y específica. Ergo, estos nuevos tipos de procesos en su trámite, prueba, resolución y posterior ejecución –en su caso– no pueden regirse conforme a la normativa correspondiente a los procesos de carácter individual. Se debe tener muy presente que las posibles condenas en estas cuestiones no pueden, generalmente, delimitar la obligación a favor del reclamante únicamente. La mayoría de las veces son condenas que fijan pautas de acción.

Al respecto me permito citar la opinión formulada por la Dra. Mabel Daniele en torno a “que esa visión clásica del derecho concebía únicamente, relaciones jurídicas intersubjetivas (de alteridad) entre el ‘deudor’ y el ‘acreedor’ de una prestación, dentro de un ‘derecho objetivo’. Y era resorte de ellos y de nadie más, la facultad de exigirse o reclamarse ante algún incumplimiento. Frente a esa concepción clásica, el constitucionalismo social implicó una primera aproximación al reconocimiento de existen situaciones sociales que son dignas de protección jurídica. En este contexto, podemos señalar los derechos de ‘segunda generación’ reconocidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional incorporados en la reforma constitucional de 1957 y que implicaron el reconocimiento de situaciones jurídicas que trascienden lo individual. Sin embargo, la innovación en las estructuras tradicionales se consolidó, fundamentalmente, a partir de la reforma constitucional de 1994 (en lo que nos importa: arts. 41, 42,43 y 86 C.N.). Como lo señala Gelli ‘[l]os nuevos derechos –o por lo menos el espacio subjetivo y colectivo que construyen– encierran una idea diferente de la persona humana, del Estado, de las corporaciones y de las entre ellos’ (Gelli, op. cit., p. 460). Pues bien, a nivel local, el fenómeno constitucional fue en igual dirección, pero profundizando, dentro de sus atribuciones constitucionales (art. 129 de la C.N.), la gama de derechos y garantías objeto de tutela (V.gr. salud –arts. 20 a 22, CCABA–, educación –arts. 23-25 CCABA–, ambiente –arts. 26-30, CCABA–, hábitat –art. 31 CCABA–, etc.), disponiéndose su exigibilidad en el art. 10 de la Constitución porteña, al establecer que ‘...[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos’ (esta Sala *in re* ‘Mazzaglia, Cayetano’, del 14/12/05) y diversos mecanis-

mos de control y participación (arts. 26, 46, 52, 53, 61-67, 124-126, 127-131, 133, 134-136, 138-139; CCAyT, Sala II, en los casos: 'Comercio de Maderas S.A. y Denali', del 8/11/01; 'Desplast, Gustavo', del 6/4/04, entre otros)<sup>4</sup>.

Como corolario de esta introducción podemos establecer que en mérito al amplio espectro que se enmarca dentro de estos intereses colectivos nos enfrentamos a la toma de decisiones con una posible trascendencia no sólo jurídica, sino también social y política la mayoría de las veces. De ello se sigue que el enfoque tradicional del proceso entendido como litigiosidad entre dos sujetos particulares pasa a ser deficiente estructuralmente o al menos insuficiente ante esta problemática, hecho que de por sí conlleva la necesidad de un replanteo estructural de esquemas. Esto demandará un mayor protagonismo de los jueces a efectos de una adecuada respuesta a la comunidad, con la consiguiente responsabilidad que ello implica. La mencionada reformulación estructural debe forzosamente meritarse en pos de hacer prevalecer el concepto de justicia material sobre los impedimentos procedimentales, a fin de no caer en un excesivo rigorismo formal que atente contra el fin último, cual sería la efectiva realización de los derechos.

Es prudente tener en cuenta que es casi imposible realizar una aplicación siquiera aproximada a una estructura filosófica del litigio. Tanto por los intereses involucrados como por la entidad de la parte demandada, la mayoría de las veces responde a estrategias más cercanas a tendencias políticas que al análisis de la realidad circundante.

De hecho, siempre se tendría que tender a convencer y no a vencer. Recordemos que la palabra "convencer" expresa la idea de vencer en compañía de la contraparte. Ergo, frente a un conflicto persuadir resulta más lógico y surge como más efectivo. Al demostrarle al adversario que la solución es cercana a su propio interés se podría generar un cambio de posición y por ende una adhesión a lo propuesto. Pero en el plano abordado es totalmente idílico pensar ello como una solución viable ante la complejidad del proceso y los múltiples intereses en juego, máxime si en muchos casos se configuran –reitero– condenas atípicas que exceden el fijar una obligación determinada a favor del accionante.

---

4 Conf. CCAyT, Sala I, voto de la Dra. Mabel Daniele *in re* "Fernández, A. J. y otros s/amparo (art. 14, CCABA)", del 18/6/2012.

## **2. UNA PROBLEMÁTICA PARTICULAR: EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN PROCESOS COLECTIVOS**

Dentro del liminar contexto plasmado surgen múltiples controversias que se generan en torno a este tipo de acciones, todas plenamente justificadas en virtud de las problemáticas involucradas, el carácter de los derechos involucrados, la especial tramitación que conlleva y sus posibles soluciones. A modo de ejemplo, se puede citar lo atinente a legitimación de las partes, alcance de la sentencia, amplitud probatoria, competencia, marco jurídico institucional y posibles sistemas de ejecución de lo resuelto. Excede el marco de este comentario profundizar sobre ellas, por cuyo motivo se dirigirá el análisis particularmente a las vías de ejecución de sentencias dictadas en casos colectivos –cuando resulte necesario–.

En ese tren corresponderá una primera disquisición en torno al tipo de sentencia y/o acuerdo homologado que pudiera derivarse del proceso. Al respecto, deberían diferenciarse aquellas acciones que tienden a una mera declaración que permita facilitar las cuestiones particulares posteriores de aquellas otras que generen obligaciones concretas de hacer o no hacer por parte de quien ha sido demandado. Dentro de éstas también se debe distinguir las posibles de cumplimiento directo de aquellas donde debe, en cada caso, acreditarse o comprobar situaciones particularizadas.

Otra cuestión importante tiene que ver con la calidad del sujeto que inviste el carácter de accionado. No resulta la misma posibilidad de acción si se ejerce el reclamo contra un sujeto de carácter privado o de carácter público. El margen de direccionamiento es diametralmente distinto en un presupuesto o en otro. Es posible citar como ejemplos las demandas iniciadas contra entidades financieras que intempestivamente determinaban un débito a sus clientes o compañías de comunicación que generaban algún recargo impropio. La condena se podría resumir lisa y llanamente en el reintegro de los montos indebidos<sup>5</sup>. Su ejecución, valga la licencia, resulta posible encauzarla dentro de los medios de ejecución tradicionales. Como contrapartida, las acciones que involucran bienes colectivos o bienes vinculados subjetivamente a cuestiones sociales se complejizan en extremo.

Puede conceptualizarse la cuestión en términos amplios: “se trata siempre de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera

<sup>5</sup> CNCom., Sala C, 4/10/2005, “Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo”, LL 2006-B-375.

social del individuo, sino como un elemento del funcionamiento social. El bien colectivo es componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva”<sup>6</sup>. En la mayoría de estos supuestos la parte demandada resulta un sujeto de derecho público, ergo, las cuestiones que puede llegar a implicar esta situación son, como se adelantó, sumamente dificultosas.

### 3. MEDIOS DE EJECUCIÓN

En vistas a adentrarse en lo central de este trabajo cabe destacar, en primer término, que los sistemas legales establecen alguna clase de actividad jurisdiccional destinada a obtener el cumplimiento de la condena mediante un proceso específico que podríamos denominar “ejecución procesal forzada”.

En el supuesto de no configurarse un cumplimiento voluntario por la parte obligada, resulta necesario un procedimiento ejecutorio tendiente a desarrollar de un modo independiente de la voluntad del ejecutado la efectividad de la manda judicial. Su específica función consiste —consecuentemente— en la realización de lo dispuesto en la sentencia<sup>7</sup>. Concepto que, en su defecto, también resultaría aplicable al cumplimiento de las resoluciones cautelares que pudieren dictarse durante el transcurso del proceso como tutela anticipada.

Ahora bien, actualmente hay un *déficit y una reticencia cada vez mayor en torno al cumplimiento de los mandatos judiciales*. Este panorama se complejiza aún más cuando lo que está en juego es el cumplimiento de cuestiones relacionadas directa o indirectamente con derechos sociales. Así, cabe tener presente el impacto funcional que podría derivar en torno a las políticas públicas; o bien cuando involucran pretensiones sociales colectivas.

La inexistencia de una regulación clara en torno a los mecanismos específicos de ejecución de estas acciones amplias y la dificultad de aplicar en muchos supuestos los sistemas tradicionales individuales requieren necesi-

---

6 Lorenzetti, R. (1996): “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, en LL 1996-D-1058.

7 Fenochietto, C., Arazi, R. (1985): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, t. III, Buenos Aires, Astrea, p. 594.

riamente una actitud cada vez más activa, personalizada, comprometida e imaginativa por parte de los magistrados en pos de la seguridad jurídica.

#### **4. POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN Y DIFICULTADES EN TORNO A SU IMPLEMENTACIÓN. ASTREINTES**

Las astreintes propiamente dichas se presentan como una de las facultades disciplinarias de los jueces a efectos de compeler a las partes involucradas en un proceso al cumplimiento efectivo de una decisión judicial. Debe tenerse en cuenta que son discrecionales; el magistrado las dispone a su prudente arbitrio, fijando el monto que considere adecuado conforme a la medida a cumplir.

Todos los códigos de forma establecen concretamente que las sanciones pecuniarias son compulsivas y progresivas, tendientes a que se cumplan los mandatos judiciales, es decir que facultan a los jueces para imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas tendientes a que las partes acaten sus mandatos.

Los presupuestos que las originan se resumen en verificar la existencia de un deber jurídico impuesto por el tribunal de posible realización y, como contrapartida, una reticencia injustificada por parte de la parte legalmente obligada a cumplir con lo ordenado.

Estas condenas se gradúan en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden dejarse sin efecto o ser objeto de reajuste si el obligado depone su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. En efecto, uno de los caracteres esenciales de las astreintes es la provisionalidad, la cual deriva de su condición de modo de apremio que los magistrados están autorizados a emplear de manera discrecional, pero siempre *en el marco de su función estrictamente instrumental*, es decir, encaminada a la finalidad de vencer la resistencia del incumplidor<sup>8</sup>.

Aún más cabe citar como una dificultad cierta la ineptitud en muchos casos de las astreintes para desincentivar las conductas que tienden a combatir. En la mayoría de los juicios colectivos se disputan grandes intereses. Ya sea por los montos económicos que se encuentran en juego (piénsese en cualquier acción de consumidores o ambientales) o por las responsabilidades involucradas. Ante este hecho, y por la forma en que operan las astreintes en

8 Llambías, J. J. (1978): *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, p. 98, citado a su vez por Falcón, E. (1994): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, p. 312, § 37.9.3, pto. 5.

nuestro derecho procesal, se genera una situación en la cual la conducta que resulta racional para cualquier demandado vencido en una acción colectiva es incumplir la sentencia y someterse a la aplicación de astreintes si es necesario. Las probabilidades de que dicha amenaza nunca se concrete, sumadas a la ganancia que el incumplimiento significa o el desembolso que en virtud de éste se evita, resultan circunstancias muy tentadoras para un demandado que sólo piensa en maximizar su interés<sup>9</sup>. Este supuesto también es válido cuando el accionado es la Administración pública, puesto que podría privilegiar un interés ideológico o partidario. Súmese a esto la posible evaluación que haga la parte compelida en torno al factor temporal. El cumplimiento del pago de las sumas fijadas como astreintes podría diluirse en el tiempo, mientras que en contrapartida las erogaciones necesarias para el cumplimiento de la manda judicial serían más inmediatas.

## **5. OPCIONES DE SEGUIMIENTO**

Otra posibilidad es la conformación de medios de seguimiento del cumplimiento de la manda judicial, a costa del condenado, y por personal especializado en cada caso. También se presenta como opción la conformación de mesas de trabajo que analicen una suerte de rendición de cuentas de lo gestionado, integradas por todas las partes involucradas y por el tribunal actuante.

En estos casos, se presenta como dificultad el tiempo que puede insumir la implementación de este tipo de mecanismos, aun cuando tienden a ser eficaces en pos de acordar cronogramas de cumplimiento (p. ej., fechas de inicio y terminación de obras).

## **6. DENUNCIA PENAL**

Se suma la posibilidad de efectuar la denuncia penal por la posible tipificación de la figura del delito de desobediencia a la autoridad. Esto como accionar activo del magistrado ante la renuencia injustificada por parte del demandado o sus representantes.

Aquí debe tenerse en cuenta que mayoritariamente estas denuncias son desestimadas por una suerte de falta de mérito suficiente.

---

<sup>9</sup> Conf. Maurino, G., Nino, E. (y otro): *Las acciones colectivas análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparada*, Buenos Aires, LexisNexis, p. 319.

Al respecto cabe citar un fallo jurisprudencial que marca el carácter restrictivo aplicado a este tipo penal en el caso concreto: “para no acordar extensión desmedida a la figura de desobediencia, es preciso ser muy exigentes acerca de la concreción de la orden con respecto a cada destinatario, la clara conminación de ella y la existencia de un deber positivo de acatamiento (...) si no existe esa relación inmediata (...) entre un funcionario, una orden y un destinatario, no hay desobediencia”<sup>10</sup>.

## **7. SANCIÓN**

Asimismo, no debería descartarse la posibilidad de sancionar a el o los responsables del incumplimiento con una inhabilitación de ejercer cargos públicos. Ello en el supuesto de que la condena sea contra la Administración pública y se pudiera individualizar debidamente al funcionario responsable. La responsabilidad del juez importa no sólo la toma de decisiones sino también la búsqueda de mecanismos en aras de su debido cumplimiento.

## **8. INDEMNIZACIÓN**

Otra posibilidad que se configura es en el contexto de un reclamo sobre daños causados a un grupo específico. Esto sería la factibilidad de una condena judicial de daños y perjuicios debidamente justipreciados en cada caso. Es decir, hay supuestos en los que el proceso tiende a resarcir un accionar concreto que ha ocasionado un daño cuya reparación resultaría susceptible de apreciación pecuniaria. Efectuada la liquidación en legal forma, la ejecución de las sumas resultantes a favor de el o los damnificados daría lugar al embargo pertinente en caso de no configurarse el pago voluntario por parte del responsable condenado.

En el caso que correspondiere la indemnización, amén del resarcimiento al damnificado, se podría analizar la posibilidad de derivar una parte del monto de la condena a la realización de tareas tendientes a minimizar las lesiones sufridas o hacia acciones que impidan que continúe la afectación o se propague.

---

<sup>10</sup> Cita de Soler, S. (1992): Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tea, p. 147, efectuada por el juez Bonadío en la causa 1270/97.

## **9. COMBINACIÓN DE MEDIOS. EL PAPEL FUNDAMENTAL DE LOS JUECES**

Quizás la utilización de las prácticas arriba citadas en forma combinada o conjunta pueda aportar una respuesta positiva, pero *en todos los supuestos la participación activa del tribunal en los procesos de ejecución (individuales o colectivos) resulta fundamental*. Su presencia directa en el desarrollo y el monitoreo de las acciones dispuestas se impone como eje central. El control temporal y concreto de las tareas tendientes a cumplimentar la manda es el norte que puede coadyuvar a arribar a una solución. La designación de veedores, la conformación de mesas de trabajo, el requerimiento de informes relacionados con los pasos ejecutados y la exigencia de presentación de proyectos y rendiciones de cuentas pueden permitir la aplicación de disposiciones coactivas en cada etapa, dando lugar a una factibilidad de ejecución parcial más realista y efectiva que imponer medidas globales, quizás inejecutables. Es, tal vez, *más importante la presencia del magistrado o sus colaboradores en los procesos de ejecución que el proceso principal como eje de garantía*.

## **10. PUBLICIDAD**

Una última consideración debe formularse respecto a la necesidad de una adecuada publicidad tanto de los alcances del reclamo como de los alcances de la resolución que recaiga en torno a él. Muchas veces sucede que los integrantes de un colectivo afectado –que bien podrían no tener contacto directo con los que sí efectuaron el reclamo– no han recibido la posibilidad de ser beneficiados por la sentencia (cuando no hay un cumplimiento voluntario) por no haber tenido acceso al conocimiento de la decisión adoptada o a los medios legales para que fuera ejecutada a su favor.

La obligación de una debida publicidad de la cuestión bien podría formar parte de la condena a cargo de la parte perdedora, incluso hasta integrando las costas del proceso.

## **11. UN CASO CONCRETO**

Un ejemplo concreto y práctico a los fines de su análisis, lo encontramos en una reciente acción –actualmente en trámite– iniciada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) con la participación del Ministerio Público Tutelar por hallarse gravemente vulnerados los derechos a la igualdad,

no discriminación y particularmente a la educación de niños y niñas de algunos distritos escolares de la ciudad.

El objeto de la demanda (sucintamente) se centraliza en la solicitud de que el GCBA cese “en su práctica discriminatoria consistente en distribuir en forma inequitativa la oferta de educación primaria de jornada completa de gestión estatal en perjuicio de las niñas y niños de los distritos escolares 5, 19, 21 y a recomponer los efectos discriminatorios de su práctica mediante la creación de establecimientos educativos de gestión estatal de nivel primario en la modalidad de jornada completa en los distritos escolares citados en una cantidad adecuada al estándar constitucional de igualdad de oportunidades”.

Es decir, evaluando la necesidad de obtener una educación de mejor calidad y, las evidentes ventajas educativas de la modalidad de jornada completa en comparación a la jornada simple se acciona con el objeto de hacer cesar la dificultad de acceso a la jornada completa existente en los mencionados distritos escolares en comparación con el resto de los distritos de la ciudad.

La sentencia de primera instancia dictada por la Dra. Nidia Karina Cicero con fecha 11/9/2012 (que al momento de la presente se encuentra recurrida), tras realizar un concienzudo análisis de la problemática, dispone una condena contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (corresponde dejar constancia, previa, de que en el presente trabajo no se efectuarán manifestaciones en torno a compartir o no lo sentenciado, sino únicamente se tomará lo dispuesto como un modo ejemplificativo de la problemática de su ejecución).

La magistrada resuelve: “1.- Ordenar al GCBA a desarrollar un programa tendiente a satisfacer en el DE 21 la pauta del 30% dispuesta por el art. 2º inciso b) de la ley 26.075 y a garantizar, mientras este programa se ejecute y concluya, la cobertura del número de vacantes requeridas en la modalidad de doble jornada hasta alcanzar dicho porcentaje, sea en escuelas estatales de los distritos vecinos o en escuelas privadas dentro del distrito 21 o lindantes a éste, a efectivizarse en el ciclo escolar siguiente a aquel en que esta sentencia adquiera firmeza. Ello conforme a las pautas estipuladas en los últimos párrafos del acápite VII de este decisorio. 2.- Exhortar a las autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires, a implementar políticas públicas destinadas a igualar la oferta de escuelas de doble jornada en los DE 5, 19 y 21 con el promedio de esta modalidad de toda la Ciudad, conforme a lo dispuesto en el acápite VIII de este decisorio”<sup>11</sup>.

11 Autos “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario Nº 14, Secretaría 28, Expte. 41.747/0, del 11/9/2012.

Considero particularmente interesante este fallo –reitero, más allá de compartirlo en lo personal o no– porque contiene distintos supuestos en torno a su factibilidad de ejecución y en su caso las posibles vías de acción.

Dispone tres medidas diferenciadas a llevar a cabo, que probablemente tengan necesidad de ejecución en caso de incumplimiento.

1. *Desarrollar un programa* tendiente a satisfacer en el DE 21 la pauta del 30% dispuesta por el art. 2º inciso b) de la ley 26.075.
2. *Garantizar*, mientras este programa se ejecute y concluya, la cobertura del número de vacantes requeridas en la modalidad de doble jornada hasta alcanzar dicho porcentaje.
3. *Exhortar* a las autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires a implementar políticas públicas destinadas a igualar la oferta de escuelas de doble jornada en los DE 5, 19 y 21 con el promedio de esta modalidad de toda la Ciudad.

Se plantean tres obligaciones a cumplimentar por parte de las autoridades, las cuales involucran reclamos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y, paralelamente, de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Ahora bien, la ejecución de esta resolución, en el supuesto de un cumplimiento, plantea una seria dificultad. En primer término, controlar el cumplimiento de la pauta del 30% normativamente impuesto en relación con la real demanda educativa. Cuestión cuyo monitoreo debe forzosamente realizarse por un contralor externo a la Administración (ésta al contestar demanda negó el incumplimiento). En consecuencia, la ejecución implicaría las costas que demandan los honorarios de esta suerte de veedor informante. A ello, súmese la sanción que se imponga al funcionario responsable de no generar el programa correspondiente y al encargado de la asignación presupuestaria pertinente.

La garantía impuesta como segundo ítem podría derivar en el embargo de los fondos presupuestados conforme a los valores de mercado a efectos de abonar las instituciones privadas. La problemática aquí surge en torno a la identificación de la cantidad de demanda educativa y la no afectación de cuentas estatales destinadas a asignaciones previas.

La tercera decisión es de imposible resolución. “Exhortar” significa “incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo”<sup>12</sup>. Ergo, implica en los hechos tan sólo una condena moral.

## 12. CONCLUSIONES

Resulta prudente como corolario efectuar una suerte de resumen de cuestiones básicas. No con la arrogante intención de plasmar la panacea de una respuesta concluyente sino para tan sólo generar las dudas necesarias frente a un nuevo, contundente y fundamental tipo de proceso. Proceso que se origina no en el laboratorio de juristas teóricos sino en una realidad social que obliga a todos los operadores del derecho a agudizar la gama de posibles formas de afrontar este desafío.

Muchos consideran que las acciones colectivas representan el nacimiento de una dicotomía entre la lógica y el abuso. Pero sopesando la balanza de circunstancias, se debe concluir que es mayor el abanico de cuestiones para alabar que los posibles perjuicios que puedan derivarse de su implementación.

El proceso colectivo permite aunar los reclamos de un importante número de individuos que demandarían un mismo o al menos similar derecho ante una situación. Esto conlleva, en primer término, el innegable beneficio de evitar un sinnúmero de reclamos individuales que podrían lógicamente sobrepasar las posibilidades de respuesta de los tribunales en tanto saturarían su capacidad operativa. En tal sentido, basta con recordar la cantidad de demandas individuales que generó la sociedad ante aquel conocido “corralito financiero”, que obligó a habilitar mesas de recepción en cualquier juzgado, proveídos en masa, cuestiones de competencias, etc., etc., generando una maraña de ingenio y retracciones. Si se traslada esto a otros reclamos sociales, la conclusión sería posiblemente catastrófica.

Procedimentalmente, unir las causas en una misma demanda permite concentrar notablemente el tratamiento del reclamo, privilegiándolo frente a los conflictos materiales del accionar disperso.

Paralelamente se genera un acceso a la justicia más flexible. Muchas veces quienes se encuentran afectados en sus derechos no llegan al Poder Judicial por diferentes circunstancias que lo impiden. A veces por ignorancia del derecho y del cómo reclamar, otras por falta de medios económicos o de tiempo. Normalmente no resulta simple conseguir el asesoramiento especializado

12 Conf. Diccionario de la Real Academia Española.

ante un conflicto; los medios probatorios resultan excesivamente complejos y técnicos. En estos casos, el reclamo por intermedio de una acción colectiva posibilita sumar las necesidades y aunar las soluciones.

El acceso a la justicia es expresamente reconocido por la Constitución Nacional que en su art. 18 garantiza a los habitantes del país su derecho de ocurrir ante los fueros judiciales. Por su parte la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su art. 12 dispone garantizar “el acceso a la justicia de todos sus habitantes”. Esto es efectivo, no programático. La acción colectiva es un canal posible y efectivo en pos de garantizarlo realmente.

La acusación de que muchas veces el Poder Judicial incursiona en políticas públicas es meramente banal. Cabe una aclaración sobre los cuestionamientos que muchas veces se plantean en torno a no ser el ámbito judicial el adecuado en cuestiones que involucren políticas públicas por la posible falta de conocimientos técnicos específicos en cuanto a priorizar objetivos o distribuir recursos, también carece de motivación. El Poder Judicial debe regirse por la noción de justicia material asumiendo una interpretación constitucional ajena a los lógicos intereses políticos partidarios en que sí se pueden encontrar inmersos los otros poderes del Estado.

No caben dudas de que las decisiones de un magistrado de cualquier estamento están imbuidas de un tipo de sentir político, pero debe tenerse presente que el no ejercicio por parte de la Administración de una política social, conforme a los imperativos constitucionales, genera el reclamo ante la justicia de los afectados y por ende una sentencia –favorable o no– que normalmente no impone una solución directa sino marca un curso de acción. La forma y los procedimientos para cumplimentar la manda judicial corresponden a las autoridades administrativas.

Ante la complejidad de los procesos colectivos, la ejecución de estas sentencias impone la necesidad de un procedimiento con reglas claras y precisas. No se puede correr el riesgo de afectar otros derechos subjetivos ni inmiscuirse en campos de acción ajenos al derecho pero, a la vez, no se puede permitir ni violaciones formales a la Constitución ni que los avatares políticos den lugar a desigualdades frente a cuestiones homogéneas.

Fundamentalmente, en este marco ha de tenerse presente que resulta necesario volver a generar una cultura de respeto a las órdenes emanadas del Poder Judicial y, en miras de ello, articularse mecanismos efectivos de ejecu-

ción. El no compartirlas puede dar lugar a diferentes vías recursivas, pero no a la inobservancia y el incumplimiento de lo dispuesto.

No caben dudas de que, como ya se dijo, la activa presencia del magistrado garantizará mayor grado de efectividad en torno al cumplimiento de sus mandatos.

Y es en la etapa de ejecución de sentencias –sobre todo en casos colectivos– donde quizás deba asumir el papel más *ágil*, en pos de la remoción de obstáculos, más *flexible*, en aras de encontrar soluciones consensuadas, más dinámico, para que la respuesta jurisdiccional al problema no pierda efectividad con el paso del tiempo y claramente más *social y solidario*, pues su fin último es *impartir justicia*.

---

TERCERA PARTE

---

# CONCLUSIONES

# EL LITIGIO COLECTIVO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

ANÁLISIS DE LAS PERSPECTIVAS DESDE LA JUDICATURA

## 1. INTRODUCCIÓN

A modo de cierre del trabajo realizado, en este documento se presenta una síntesis y sistematización de las perspectivas compartidas por los jueces y las juezas acerca de la gestión procesal de los casos colectivos sobre derechos sociales en la Ciudad, en las jornadas y entrevistas llevadas a cabo por la AGT y ACIJ en los últimos años, en el marco de su proyecto de cooperación en la materia<sup>1</sup>.

El Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y particularmente su fuero Contencioso, Administrativo y Tributario nacieron y han construido su identidad juntamente con el desarrollo de la judicialización de derechos sociales y el litigio colectivo. Teniendo en cuenta las características institucionales y el volumen de trabajo del fuero, probablemente el mejor indicador sobre su funcionamiento en relación con el rol de garante de los derechos frente al poder público se encuentre en la gestión de esta área todavía novedosa de la práctica constitucional<sup>2</sup>.

Considerando las estadísticas agregadas, resulta claro que el litigio de amparo colectivo de derechos sociales no es cuantitativamente significativo en el volumen de causas gestionadas en el fuero; sin embargo, su trascendencia institucional en relación con las políticas de gobierno, su relevancia en la opinión pública respecto de la marcha de la cosa pública y su dimensión habitualmente

---

1 Las tres jornadas realizadas entre 2010-2012 contaron con la participación de decenas de jueces y magistrados del ministerio público, de todas las instancias. Se realizaron también entrevistas en profundidad a jueces y juezas de primera instancia, a quienes agregamos su generosa y amable disposición.

2 De acuerdo con el último anuario estadístico del fuero publicado por el Consejo de la Magistratura (año 2011), del total de 87.143 causas ingresadas, 83.147 (el 95%) constituyen ejecuciones fiscales, de las cuales, a su vez, más de 73.000 (el 87% de las ejecuciones iniciadas) corresponden a montos inferiores a \$ 10.000 de capital. El total de acciones de amparo iniciadas ascendió a 1.116. De acuerdo con la misma fuente, la media de expedientes tramitados por los juzgados era de 14.086, con un 90% de ejecuciones fiscales. Por su parte, en las Cámaras, los expedientes por ejecuciones fiscales conformaron sólo el 24% de las causas ingresadas en el año.

estructural en relación con los derechos y las comunidades afectadas lo colocan en el centro de la función de control de constitucionalidad.

A diferencia de los procesos colectivos clásicos, tales como los concursos y las sucesiones, el amparo colectivo y la tutela estructural de derechos constitucionales frente a las políticas públicas carecen tanto de una práctica tradicional como de una regulación procesal que los encauce adecuadamente y resuelva los importantes y numerosos desafíos de tramitación, decisión e implementación que les resultan específicos<sup>3</sup>.

Ante esta carencia regulatoria, señalada como un déficit muy importante por la mayoría de los magistrados y las magistradas que participaron de las entrevistas y seminarios, la justicia Contencioso Administrativa porteña ha ido construyendo de manera tentativa, experimental y descentralizada diversas herramientas para la gestión de los procesos colectivos.

Los primeros asuntos que debieron ser resueltos y definidos fueron los relativos a la legitimación procesal para presentar casos colectivos en el marco de la tutela constitucional local y la configuración de una situación de derechos con dimensión colectiva que habilitan su protección estructural. Los tribunales han adoptado una ya pacífica interpretación que garantiza la legitimación de individuos (ciudadanos, legisladores, afectados particulares), ONGs y Ministerios Públicos y han interpretado de manera consistente la configuración de los casos colectivos.

Por supuesto, estos desarrollos en la legitimación hubieran sido poco significativos si a la hora de las decisiones sustantivas primaran las interpretaciones restrictivas sobre la configuración y el alcance de los derechos involucrados. Afortunadamente, la jurisprudencia de la Ciudad ha construido interpretaciones robustas de los nuevos derechos garantizados en la Constitución local, dotándolos de fuerte sentido protectorio de los grupos y comunidades más vulnerables y de intensa potencia de control de las políticas públicas.

Previsiblemente, los avances en materia de legitimación e interpretación del alcance de los derechos abren nuevos desafíos para la práctica judicial; el principal de ellos –que consideramos la agenda más relevante de la presente década– consiste en gestionar y realizar efectivamente el cumplimiento de las decisiones adoptadas en procesos colectivos de garantía de derechos sociales.

---

<sup>3</sup> Huelga decir que nuestras prácticas y leyes procesales son gravemente disfuncionales para administrar incluso los procesos más simples y tradicionales. La naturaleza escrita de los procedimientos, la falta de incentivos para la buena fe de los litigantes y la debilidad de los procesos de ejecución para cualquier caso que no consista en cobro de dinero resultan acaso las tres fallas más graves del diseño procesal general.

Dos hallazgos fueron muy evidentes en los análisis y las conversaciones sobre el tema: por un lado, la existencia de grandes dificultades para implementar las decisiones y sentencias colectivas en el marco de la infraestructura legal y procesal existente en la Ciudad (tanto por las dificultades de diseño procesal como por las complicaciones en su operación). Por el otro, la confirmación de que, a pesar de todas las dificultades, la justicia de la Ciudad ofrecía buenos ejemplos de casos en los que se realizaba efectivamente el cumplimiento de complejas decisiones colectivas –algunos de ellos están documentados en este mismo libro.

En las próximas páginas sistematizamos las líneas principales sobre las que se reúnen algunos consensos en el análisis realizado desde la magistratura de la Ciudad sobre la gestión de los casos colectivos.

Creemos que la realización de los derechos constitucionales es una práctica colectiva, interpretativa, que demanda un ejercicio crítico continuo, avances progresivos, e incluso redefinición de algunos entendimientos tradicionales sobre la propia práctica, que estimulen la innovación institucional y la superación de los obstáculos identificados. Este resumen de nudos críticos identificados por los magistrados constituye, esperamos, un aporte a dicha agenda.

## **2. SOBRE LA SENSIBILIDAD POLÍTICA Y LA COMPLEJIDAD TÉCNICA DE LOS CASOS COLECTIVOS EN TEMAS DE DERECHOS SOCIALES**

Uno de los aspectos en los que existe cierto consenso extendido en los magistrados del Poder Judicial de la Ciudad es el de la significativa dimensión política que en general acarrear los casos colectivos, particularmente aquellos relativos al cuestionamiento de una política pública que el gobierno de turno considera importante.

En la perspectiva judicial esta sensibilidad política es mucho más relevante para la gestión de la causa que los posibles impactos económicos que la decisión pudiera tener.

Cuando el caso reúne al mismo tiempo sensibilidad política y complejidad técnica o empírica, el Poder Judicial se encuentra en la situación de mayor debilidad para la decisión y gestión, con una fuerte conciencia de la “posibilidad de error”, que generalmente se administra a través de un ejercicio extremadamente prudente de las decisiones judiciales.

La complejidad técnica o empírica de los casos colectivos resulta especialmente desafiante para los tribunales dado que, a diferencia de la sensibilidad

política –que demanda finalmente una decisión ética personal sobre el ejercicio de la magistratura–, no puede ser superada con herramientas o recursos personales del juez o la jueza.

En algunos casos los magistrados y magistradas manifestaron que la diversidad y la especificidad de ciertas cuestiones relativas a políticas públicas los colocan en una situación de significativa incertidumbre sobre la sustancia misma del asunto sujeto a litigio. Si bien se reconocen como expertos/as en la interpretación del derecho y la Constitución, identifican que los conflictos colectivos que requieren el ejercicio evaluativo de políticas públicas en áreas extremadamente diversas (educación, ambiente, salud, seguridad, discapacidad, etc.) demandan un esfuerzo de comprensión sobre la racionalidad de políticas públicas extremadamente exigente, para el que a veces no alcanzan el tiempo y los recursos institucionales disponibles, ni la formación jurídica; moldeados para la adjudicación de conflictos típicos tradicionales de la justicia contencioso-administrativa (moldeados en conceptos tales como el control de motivación de actos administrativos, o el recurso jerárquico, para referir los gráficos ejemplos utilizados por algunos de los magistrados entrevistados).

Sobre este tema, la investigación permitió verificar la inexistencia de una práctica extendida de utilización de expertos técnicos (peritos, universidades, etc.) para superar las complejidades técnicas que surgen en el proceso de ejecución o implementación de decisiones colectivas; tanto para evaluar el cumplimiento, como para orientarlo de manera efectiva<sup>4</sup>.

En el estudio de casos realizado también pudimos comprobar que prácticamente en ninguno de los casos analizados –varios de ellos de inocultable complejidad técnica en la implementación de las decisiones– se había previsto ni organizado desde el comienzo de la fase de cumplimiento una planificación para la evaluación y la rendición de cuentas sobre la implementación, ni la participación de expertos independientes. Sin embargo, la convocatoria de expertos sí fue utilizada en varios casos, una vez avanzada la fase de ejecución, cuando resultaba extremadamente difícil para el Juzgado evaluar adecuadamente el grado de cumplimiento de la decisión o definir las acciones concretas de cumplimiento futuro.

En todos los casos en que el Tribunal se apoyó en el trabajo de peritos o expertos independientes, la organización, la implementación, la supervisión y la

---

4 La participación de peritos es extendida y habitual en la etapa de conocimiento de los procesos, aunque no tanto en las acciones de amparo; pero durante la ejecución de sentencias, especialmente las relativas al diseño o la implementación de políticas públicas, resulta muy poco usual, al menos en las primeras etapas de dicha fase.

rendición de cuentas del Estado respecto del cumplimiento de las decisiones judiciales resultaron significativamente facilitadas, y el dominio y la autonomía del Tribunal sobre el proceso se vieron altamente fortalecidos.

### **3. SOBRE MODELOS DE DECISIÓN Y DE GESTIÓN DE CUMPLIMIENTO**

En la perspectiva judicial se han identificado dos tendencias acerca de la forma de estructurar el contenido de las decisiones en casos colectivos, y la gestión de su cumplimiento. Presentadas de manera esquemática una de las tendencias se configura con el dictado de sentencias que ordenan un resultado específico y concreto a ser realizado, y un proceso de cumplimiento orientado a verificar cuándo dicho resultado ha sido totalmente realizado. La otra tendencia consiste en fijar un resultado como horizonte relativamente abierto, complementado con estándares y evaluación judicial sobre los medios para su logro, y un proceso de cumplimiento orientado a dar concreción a tales medios, ajustarlos de acuerdo con las necesidades y supervisar su realización.

Ambas tendencias generan dinámicas diferentes para el rol del tribunal y las partes, y diversas clases de incentivos y amenazas. El modelo del “resultado específico y cerrado” resulta más cómodo para los demandantes, quienes tienen herramientas para presionar en la ejecución a la contraparte con sólo denunciar la falta de obtención del resultado, mientras que el modelo del “resultado genérico y abierto” compromete a la parte demandante a participar de la definición de los aspectos concretos del remedio en la etapa de ejecución. Recíprocamente, en el primero de los modelos, las partes prácticamente carecen de márgenes de maniobra o negociación en la ejecución, que funciona con una lógica de todo o nada, y el Tribunal se reserva un rol de administrador de amenazas; mientras que en la segunda tendencia las partes tienen incentivos para mejorar sus posiciones aun durante la etapa de ejecución, al momento de las definiciones específicas, y el Tribunal puede cumplir un rol de arbitrador, compensador o administrador de los compromisos y las obligaciones durante dicha fase, donde las opciones de todo o nada raramente se configuran.

Las preferencias de los magistrados hacia uno u otro tipo de intervención fueron explicadas tanto por visiones conceptuales sobre el rol de los jueces en la estructura constitucional y en el sistema de división de poderes, como por razones relativas a la mejor gestión de los conflictos, la administración de justicia y la preservación de la autoridad de los tribunales.

Los magistrados también han señalado el efecto dispar que suele tener la intervención (autónoma o provocada) de la prensa en relación con situaciones de incumplimiento o conflictos relativos al cumplimiento de decisiones. En algunos casos, la identificación de parte del funcionario competente de un potencial efecto negativo en la prensa es un disuasivo de incumplimientos, pero en otras ocasiones se vuelve un activador de presiones ante los tribunales.

La conciencia de las complejidades en la ejecución de sentencias estructurales parece ser muy tenida en cuenta en la perspectiva judicial: una de las reflexiones más extendidas de parte de los magistrados afirma que los jueces y juezas deben tener presente al momento de decidir que la sentencia que están dictando no es sólo una declaración, una declamación o un acto simbólico, pues los tribunales deben prever que eventualmente –por ineficacia, por desidia, por abulia, por resistencia– el demandado se resista al cumplimiento de esta sentencia, y corresponderá al juez la obligación de proceder a su ejecución forzosa.

En consecuencia, entienden que resulta fundamental que al momento de dictar una sentencia se piense no sólo en lo que corresponde fallar, sino en cómo se hará cumplir o ejecutar ese fallo; pues en la ejecución de sentencia prácticamente se abre “un nuevo juicio”, en el cual las circunstancias de hecho pueden incluso provocar cambios sustantivos en el alcance de lo fallado originalmente (a fin de circunvalar resistencias del demandado para el cumplimiento).

#### **4. SOBRE EL ROL DE LOS LITIGANTES**

La perspectiva judicial sobre la gestión de los casos colectivos también ha identificado como un elemento complejo, y a menudo disruptivo, el comportamiento procesal de las partes.

En relación con los demandantes, se identifican dos rasgos típicos de comportamientos que complican la gestión procesal: uno de ellos consiste en la adopción de posturas que llamaríamos “exageradamente maximalistas”, tanto al definir las pretensiones, como al perseguir la ejecución de sentencias estructurales. Los jueces y juezas manifiestan de manera recurrente su visión crítica acerca de las demandas abiertas, genéricas, comprensivas; que incluso cuando identifican efectivas vulneraciones de derechos, dificultan la determinación del tipo de remedios que podrían otorgarse, y luego hacen más difícil la gestión de la ejecución.

El otro comportamiento disfuncional de los litigantes que fue identificado es el del “desinterés sobreviviente”. En ocasiones tanto en la etapa de conoci-

miento, como en la etapa de ejecución, la energía, diligencia, actividad e intensidad de la parte demandantes se transforma y decae sustancialmente (sea luego de conseguir una protección cautelar, o en virtud de las dificultades y demoras para obtener un efectivo cumplimiento de la sentencia, el cambio de circunstancias institucionales/políticas en las que surgió el caso, etc.). Cuando ello ocurre, los tribunales pierden una herramienta que estiman fundamental para el avance de las causas –la presión activa de la parte actora– y que condiciona significativamente su desarrollo y la posibilidad de cumplimiento de sus fallos en casos de interés público y afectaciones colectivas. La imagen del litigante que, aun cuando lleve a la justicia una situación de violación efectiva de derechos, “busca sus tres minutos de fama” con una demanda espectacular, declamatoria y de impacto periodístico, pero improductiva o inconsistente, y que desatiende luego, una vez obtenida –o no– alguna clase de triunfo político o personal, ha sido referida en diversas ocasiones como una práctica disvaliosa y más habitual de lo debido.

Por el lado de los demandados –particularmente, el Estado– el gran obstáculo que se identifica consiste en la “falta de voluntad política” para acatar y cumplir adecuadamente las decisiones judiciales y la falta de instrumentos adecuados para superar dicha actitud. Los tribunales asumen que la Administración “decidirá” si cumple o no, y en qué medida, las decisiones judiciales<sup>5</sup>.

En ese marco, cuando la Administración decide que no cumplirá adecuadamente dichas decisiones, las herramientas a disposición del Poder Judicial suelen ser inefectivas.

En este sentido, las diferencias son notorias, en la perspectiva judicial, entre los casos individuales y colectivos, así como entre las condenas de “hacer” y de “no hacer”. Las condenas colectivas que obligan a una acción positiva ofrecen notablemente mayores dificultades de implementación.

Algunas perspectivas recibidas expresaban que, de hecho, los jueces se aproximan a los casos colectivos, especialmente en temas de contenido social relativa a grupos especialmente postergados (ej., pacientes con padecimientos en su salud mental), con la presuposición de que el Estado tendrá una tendencia o actitud incumplidora hacia las leyes protectorias en general y hacia las decisiones judiciales estructurales que se dicen para hacerlas cumplir.

5 Algunos magistrados pusieron de relieve un elemento relativo a la conducta del Estado en un momento anterior al de incumplimiento de sentencias. La judicialización de casos colectivos, o de reiterados casos individuales sobre un mismo tema, ha sido identificada como una situación provocada por una falla evitable de parte de la propia Administración, que no sabe o no puede encontrar la manera de atender, articular, descomprimir o resolver situaciones conflictivas antes de que se active la alarma de la judicialización.

Algunos magistrados prefieren avanzar en el proceso de ejecución bajo el presupuesto metodológico de que carecen de herramientas de coerción efectivas –o que su uso es más bien un recurso heroico aunque sin esperanzas reales de impacto– y por lo tanto dejan el caso librado a la interacción y la capacidad de presión y reacción de las partes, o ensayan caminos de persuasión tendientes a crear un “ambiente de cumplimiento”.

En algunos casos los magistrados ensayan alternativas para dotar de mayor potencia a herramientas de coerción como las astreintes, proyectando la presión económica hacia los funcionarios respecto de quienes podría generar mejor efecto a los fines de la sentencia. En otros, acuden a sus atribuciones ordenatorias a fin de que los funcionarios políticamente responsables rindan cuenta en una audiencia, lo cual suele determinar que se cumplan algunas obligaciones pendientes a fin de evitarle a dicho funcionario el “mal trago” de quedar expuesto públicamente ante la justicia o la opinión pública. En general existe consenso en la utilidad de las astreintes para asegurar el cumplimiento de alguna medida muy específica y definida, que no ofrece dificultad (material, política ni económica) para su realización, y la coerción opera como solución para la “debilidad de voluntad o motivación” del obligado.

## **5. SOBRE LOS CLIMAS DE ÉPOCA. LAS DINÁMICAS DE GOBERNABILIDAD Y SU IMPACTO EN EL PODER JUDICIAL**

La perspectiva judicial también da cuenta de la influencia que tiene la evolución de las dinámicas en la evolución política general en el marco de posibilidades de acción y tendencias jurisprudenciales.

La percepción mayoritaria recogida sugiere que la fase fundacional del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, en la que se construyó la jurisprudencia protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales, estaría revirtiéndose a partir de las limitaciones que el TSJ ha construido en diversas causas –tanto relativas a tales derechos, como a las potestades mismas de los jueces– y cuyo mensaje disciplinador no es pasado por alto por los tribunales de primera y segunda instancia.

Estas circunstancias, se ha señalado, generan una especial responsabilidad para el Poder Judicial y para los litigantes en causas colectivas de derechos sociales. Las tendencias más restrictivas o exigentes que se advierten demandan mayor consistencia, precisión, anticipación y adecuada priorización en el recurso al litigio en estas materias cada vez más sensibles.

En particular, se ha señalado que resulta fundamental que los activistas (aunque también los tribunales) comprendan adecuadamente los márgenes y las dinámicas de actuación que el “proceso judicial” permite, facilita o legitima; para llevarlas lo más lejos posible, pero sin destruir o frustrar su utilización depositando en ellas fines o expectativas “políticas” que no tienen, ni deberían tener, en los tribunales ni en los procesos judiciales su ámbito de realización.

Se trata, en esta percepción, de asumir el desafío “de la prolijidad, la claridad del proceso, en lo que se pide, de fijar límites, de no hacer demagogia con los procesos judiciales. Cualquiera puede hacer demagogia, el que demanda, el que es demandado, el juez, la cámara como resuelve, el tribunal superior, cualquiera”, tal como ha sido dicho con gran elocuencia en uno de los seminarios.

---

ANEXO

---

# **EJEMPLOS DE BUENAS PRÁCTICAS DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS**

# CASO DEL HOSPITAL LUGANO

EXPTE. 16120. "COMISIÓN DE VECINOS LUGANO EN MARCHA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO"<sup>1</sup>

## 1. PALABRAS PRELIMINARES

El caso del Hospital Lugano se enmarca en un proceso de exigibilidad política y jurídica por el derecho a la salud de los vecinos de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo desde el retorno de la democracia hasta la actualidad<sup>2</sup>. Pone en evidencia la necesidad de articular la lucha de los movimientos sociales y los actores institucionales por el efectivo goce del derecho a la salud de los sectores más desaventajados en términos socioeconómicos. Al mismo tiempo, permite advertir que existen numerosos obstáculos para hacer efectiva la satisfacción de los derechos sociales cuando se trata de ejecutar decisiones judiciales colectivas.

Este documento pretende examinar las estrategias de exigibilidad judicial desplegadas y su combinación con estrategias políticas y de movilización social, así como analizar los mecanismos de supervisión utilizados en la etapa de ejecución de la sentencia.

## 2. EL CASO SELECCIONADO

### 2.1. ANTECEDENTES

Durante varios años los vecinos de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo reclamaron la construcción de un hospital en el barrio, dadas las largas distancias que debían recorrer hacia los hospitales más cercanos —el Hospital Santojanni y el Hospital Piñero se encontraban a aproximadamente 8 km de distancia—

1 Documento elaborado por Mariela Aisenstein en el marco del proyecto conjunto entre la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: "Desafíos en la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad". El proyecto se desarrolla bajo la coordinación de Romina Faerman, Gustavo Maurino y Luciana Bercovich, con la participación de Mariela Aisenstein, Dalile Antúnez, Damián Azrak, Mauro Chelillo, Federico Orlando, Martín Sigal y María de los Ángeles Trevisani Vespa.

2 Este documento se terminó de elaborar en el mes de diciembre de 2011 y fue actualizado en el mes de abril de 2013.

y la inexistencia de una red de servicios de transporte público que facilitara el traslado.

Como consecuencia de ello, en diciembre de 1986 se sancionó la Ordenanza 41.795, que dispuso la construcción de un Hospital General de Agudos con capacidad para 250 camas en un lugar a determinar dentro del perímetro comprendido por las calles Avenida Roca, Larrazábal, Avenida Dellepiane, Varela y Perito Moreno. En enero de 1987 la Ordenanza fue promulgada mediante el Decreto Nº 301<sup>3</sup>.

Ante la falta de acciones tendientes a la construcción del hospital, en 1996 11.000 vecinos firmaron un petitorio por el Hospital<sup>4</sup>. Luego, a partir de la crisis de 2001 y la creación de las asambleas barriales, a mediados de 2003 se conformó el Movimiento Vecinal por un Hospital en Lugano, Soldati y Villa Riachuelo.

Al mismo tiempo, ante la solicitud del Consejo Consultivo Honorario del CGP Nº 8 y 1185 firmas válidas de vecinos con domicilio en la zona, se realizó la primera Audiencia Pública de Requisitoria Ciudadana Zonal<sup>5</sup>, con el objeto de tratar la construcción de un hospital en Lugano. Varios expositores técnicos<sup>6</sup> y vecinos<sup>7</sup> explicaron los motivos por los cuales resultaba necesaria la construcción del hospital.

Asimismo, a raíz de una actuación administrativa iniciada por el Movimiento por un Hospital, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad dictó la Resolución 5543/03, por medio de la cual resolvió exhortar al Jefe de Gobierno a ejecutar la Ordenanza 41.795. En este sentido, manifestó: “ya que la Ordenanza 41.795 nunca fue ejecutada y hoy se encuentra vigente, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tiene la obligación legal de construir un Hospital General de Agudos en el perímetro designado. Por otra parte, dicha obligación legal tiene respaldo en una necesidad justificada y explicada por los vecinos de Lugano I y II”.

Por su parte, luego de reuniones del Movimiento Vecinal con Legisladores, la Comisión de Salud de la Legislatura de la Ciudad dictó el despacho 0204 en el

---

3 Boletín Municipal Nº 17.961/87.

4 El petitorio fue firmado, entre otros, por Aníbal Ibarra, Clori Yelicie, La Porta y Nilda Garré.

5 Realizada el 28/6/2003.

6 Por ejemplo, la expositora técnica Nº 3 Dra. Dakessian, sostuvo: “Las personas que viven en esta zona [zona sur] están más expuestas y tienen más probabilidades de enfermar y morir antes que las que viven en zona norte, como así también, no ser atendidos ante una urgencia, sea porque no pueden trasladarse al efector más cercano o porque la ambulancia se resiste a entrar a determinados lugares”.

7 El Sr. Carlos Tcholakian manifestó: “Un dato revelador es que aquí, en esta zona del CGP 8, mueren 45,1 niños por mil, mientras que en la zona norte, sólo 24,4 por mil (...) es de urgente necesidad la creación del hospital de medios agudos y tres centros de salud de Lugano, atento a las necesidades de la población”.

que aconsejó la aprobación de la siguiente resolución: “El Poder Ejecutivo dispondrá por la vía que corresponda el cumplimiento de la Ordenanza Nº 41.795”. Ello en virtud de compartir la preocupación de agrupaciones de vecinos organizados, que “insisten en el requerimiento y en el reclamo de dar cumplimiento a lo votado oportunamente”. El despacho sirvió de antecedente para que la Legislatura votara en forma unánime la Resolución Nº 100 de 2004, que ordenaba al Jefe de Gobierno cumplir con la Ordenanza y comenzar la construcción del Hospital General de Agudos.

En virtud de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) continuaba incumpliendo su obligación de construir el hospital, el Movimiento por un Hospital en Lugano, Soldati y Villa Riachuelo realizó diversas movilizaciones sociales y acciones de incidencia política<sup>8</sup> a fin de lograr su cumplimiento. Por su parte, el GCBA continuaba sin dar cumplimiento a la ordenanza. Para ello, alegaba que se encontraba realizando acciones en los Centros de Salud.

Luego de haber agotado todos los mecanismos de exigibilidad política para que el GCBA diera cumplimiento a su obligación de construir el hospital conforme a la Ordenanza 41.795 y sin obtener respuesta alguna por parte de los funcionarios luego de más de 18 años, se resolvió judicializar la problemática.

## 2.2. EL PROCESO JUDICIAL

Un grupo de asociaciones y movimientos sociales<sup>9</sup>, y legisladores<sup>10</sup>, con el patrocinio de la Asociación por la Defensa de la Libertad y los Derechos del Pueblo (Liberpueblo), promovieron una acción de amparo colectivo contra el GCBA por su omisión ilegal consistente en no construir un Hospital General de Agudos en el barrio de Lugano<sup>11</sup>. La demanda fue presentada en el año 2005 el Día Mundial de la Salud –7 de abril– y fue acompañada por una movilización hacia los tribunales del fuero.

8 Movilizaciones a la Legislatura y a la Jefatura de Gabinete, a la Secretaría de Salud, reuniones con el subsecretario de Salud y con legisladores, festivales, ferias.

9 Movimiento por un Hospital en Lugano, Soldati y Villa Riachuelo; Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires; Asamblea Vecinal Dellepiane y Escalada Villa Lugano; Comisión de Vecinos de Lugano en Marcha; C.T.A. Lugano; C.T.A. Soldati; Federación Nacional de Salud: C.C.C. Sudoeste y Comisión de Derechos Humanos Villa Cildáñez.

10 Rubén Ángel Devoto, Tomás Alberto Devoto, Marcos Wolman, Héctor Pastor Bidonde, Daniel Domingo Betti, Beatriz Susana Etchegoyen, Beatriz Margarita Baltroc y Sergio Daniel Molina.

11 Expediente “Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros c/GCBA s/amparo” (art. 14 CCABA) - Nº 16.120, tramitado ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Nº 4.

Es importante enmarcar el amparo en el contexto político: meses antes se había producido la tragedia de Cromañón y algunos de los legisladores que firmaron la demanda promovían el juicio político a Aníbal Ibarra. Según uno de los abogados patrocinantes<sup>12</sup>, “le dio mucha fuerza política a la demanda el hecho de que estuviera firmada por legisladores”.

El objeto de la acción era que se ordenara al GCBA construir el Hospital General de Agudos en cumplimiento de la normativa que así lo disponía –Ordenanza 41.795 y Resolución Nº 100 de 2004–. Con posterioridad a la interposición de la demanda, un grupo de 600 vecinos apoyó la presentación del amparo.

El amparo fue iniciado con la misma lógica que el caso “Ciudad Oculta”<sup>13</sup>. En dicha causa, el ex Asesor Tutelar Nº 1 en lo Contencioso Administrativo y Tributario Gustavo Moreno interpuso un amparo colectivo alegando la omisión en el cumplimiento de la Ley 350<sup>14</sup>, que disponía la construcción y puesta en funcionamiento progresiva –en etapas– de una escuela secundaria en un sector del predio de la Escuela Nº 19 Distrito Escolar Nº 20 con la correspondiente previsión presupuestaria. En este sentido, solicitó que se ordenara al GCBA cumplir estrictamente con la Ley 350, procediendo a la construcción de la escuela secundaria creada por dicha normativa y posterior puesta en funcionamiento de manera progresiva en los plazos razonables que fijara el juez<sup>15</sup>. La similitud entre ambos casos resulta evidente, pues en uno y otro se denunciaba un manifiesto incumplimiento de un deber legal, en un caso la no construcción del edificio destinado al Hospital Lugano en violación a lo dispuesto en la Ordenanza 41.795, y en el otro la no construcción de la escuela secundaria en Ciudad Oculta en transgresión a la Ley 350.

Los actores fundamentaron su legitimación para interponer la acción en su carácter de vecinos de los barrios de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo, de Legisladores de la Ciudad, de organizaciones que representan a los habitantes de la Ciudad en la defensa de sus derechos constitucionales y como integrantes del Movimiento Vecinal por un Hospital para Lugano, Soldati y Villa Riachuelo. Ale-

---

12 Entrevista con Nicolás Tauber, abogado patrocinante, noviembre de 2011.

13 Expediente “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/Procurador General CBA s/ amparo” - Nº 899, tramitado ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Nº 10.

14 BOCBA Nº 1000 del 7/8/2000.

15 El Juez de grado hizo lugar a la acción y ordenó al GCBA cumplir con la ley 350, procediendo a la construcción de una escuela secundaria en una parcela de la escuela Nº 19, DE 20, en los plazos y modalidades indicados (sentencia del 3/4/2001). La Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió confirmar la sentencia en lo principal y modificarla respecto de los plazos y la forma de ejecución de la sentencia (sentencia del 1/6/2001).

garon ser afectados directos por la omisión por parte del Poder Ejecutivo de no construir el Hospital General de Agudos<sup>16</sup>.

Los demandantes destacaron la necesidad de construir un hospital, dado que una gran cantidad de habitantes no podían llegar a los Hospitales Santojanni y Piñero<sup>17</sup> por falta de dinero para costear el viaje en virtud de las largas distancias, mientras que otros iban caminando desde sus domicilios, lo que tenía como consecuencia el agravamiento de sus enfermedades, muy difíciles o imposibles de enfrentar cuando el paciente podía llegar finalmente al hospital. Señalaron que en la zona sur todo paciente politraumatizado debía ser derivado al Hospital Ramos Mejía o al Hospital Argerich puesto que en la zona sur no se realizaban tomografías computadas ni neurocirugías. También afirmaron que en los CGP Nº 1, 8 y 13 no existía ningún hospital.

Al mismo tiempo, sostuvieron que la construcción y el equipamiento de los Centros de Salud no exoneraban al GCBA de cumplir con la normativa vigente. Destacaron que la finalidad del hospital es distinta a la de un Centro de Salud y que ambos son compatibles. Manifestaron que los Centros de Salud de la zona se encontraban desprovistos de infraestructura o contaban con equipamiento pero no tenían personal capaz, que carecían de agua caliente y atención las 24 horas y que disponían de pocos médicos por paciente.

Por último, pusieron énfasis en que con el pasar de los años, la necesidad de un hospital en Lugano era mucho más evidente. La población se había incrementado de manera notoria, llegando a más de 300.000 personas en el CGP 8 – Lugano, Soldati y Villa Riachuelo–, el CGP con los indicadores de calidad de vida más bajos, peores condiciones de salud<sup>18</sup> y mayor cantidad de villas de toda la Ciudad. Además, entre 1986 –año de dictado de la Ordenanza– y 2005 –año de presentación del amparo– se había producido una notoria caída del nivel de vida (crecimiento de índices de pobreza, desempleo, marginación, etc.) en los barrios de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo<sup>19</sup>. La imperiosa necesidad de construir el hospital al momento de la presentación de la demanda, alegaron, se veía ra-

16 Según el amparo, esta omisión vulneraba el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la igualdad de los vecinos de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo.

17 Agregó que dichos hospitales se encontraban saturados en cuanto a la demanda de los pacientes de Ciudad y del Conurbano.

18 Mayores índices de bebés con bajo peso por nacer, de madres adolescentes, de madres con baja instrucción, de pre-término y de madres solas.

19 Ello llevó al dictado de la Ordenanza Nº 46.852 en el año 1993, en virtud de la cual se declaró en emergencia la zona comprendida por los Barrios de Villa Soldati, Lugano, Mataderos, Parque Avellaneda y Flores Sur, a los fines de que “las partidas presupuestarias referidas a obras, servicios y suministros destinados a Salud, Saneamiento, Educación (...) sean aplicadas prioritariamente en las zonas mencionadas”.

tificada tanto por la Resolución 100 de 2004 de la Legislatura de la Ciudad como por la Resolución 5543/03 de la Defensoría del Pueblo y la Audiencia Pública realizada el 28 de junio de 2003.

En su primera intervención, el GCBA afirmó que la construcción de un hospital con 250 camas casi 20 años después del dictado de la Ordenanza resultaba desproporcionada por el desarrollo de una importante red de Centros de Salud en el CGP N° 8 que brindaban adecuada cobertura a las necesidades de los vecinos de la zona. Acompañó un informe de la Secretaría de Salud según el cual se proyectaba un incremento de un 21% de camas en el Hospital Santojanni. El informe proponía la creación de un hospital en Lugano que funcionara como un centro de 100 camas<sup>20</sup>. Por otra parte, agregó que la no inclusión en el presupuesto 2005 de la partida necesaria para la construcción del hospital –no imputable al Poder Ejecutivo sino a la imprevisión de los legisladores– impedía el llamado a licitación y la consecuente materialización de la obra, lo que significaba una imposibilidad jurídica y material para cumplir con la Ordenanza.

Tres meses después de la interposición del amparo, la magistrada a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 –Elena Amanda Liberatori– hizo lugar a la acción, ordenando al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires que diera cumplimiento a la Ordenanza 41.795, a fin de construir el Hospital de Lugano<sup>21</sup>. Para así resolver, la jueza sostuvo que de las constancias de la causa surgía un incumplimiento de un deber legal, a saber, la no construcción del edificio destinado al Hospital de Lugano<sup>22</sup>. Destacó que la conducta del Poder Ejecutivo había sido reglada a través de la Ordenanza 41.795, lo que no permitía a la Administración otra conducta posible que no fuera la de llevar a cabo la construcción del hospital del modo señalado en dicha norma. De este modo, no disponía de una facultad discrecional para pretender que el hospital tuviera una capacidad inferior a la estipulada en la Ordenanza.

Asimismo, la jueza ordenó poner la sentencia en conocimiento de la Legislatura de la Ciudad, a fin de que, en el marco de las atribuciones conferidas (art. 92 de la CCABA), investigara el desempeño del secretario de Salud Dr. Stern, vinculado con la omisión de construir el Hospital de Lugano y eventualmente, re-

---

20 Con internación indiferenciada por cuidados progresivos, quirófanos de urgencia y centro de recuperación inmediata dotado de apoyo de diagnóstico e infraestructura.

21 Sentencia del 25/7/2005.

22 La jueza consideró que la Audiencia Pública “fue un decorado para simular que se estaba escuchando al pueblo en sus dolorosas necesidades más que el mecanismo de participación real para concretar la satisfacción de necesidades de salud esenciales”.

solciera su destitución<sup>23</sup>. Por último, la magistrada afirmó que el Poder Ejecutivo debía proceder a incluir entre las inversiones públicas del año 2006 la del edificio que se destinaría al hospital, a los fines de cumplir con la Ordenanza y dar comienzo a su construcción. Para ello, debía hacer la respectiva previsión presupuestaria para el año 2006.

En cuanto al carácter de incidencia colectiva de los derechos afectados, la jueza sostuvo que “aunque la afectación de derechos pueda ser individual –en el sentido de que sólo los actores son quienes han invocado una lesión constitucional a sus derechos –en particular, el derecho a la salud–, el remedio, vía la sentencia que se ha solicitado, es de naturaleza colectiva, es decir, incide en la comunidad y en particular, con relación a todas aquellas personas que son potenciales destinatarios del servicio de salud”<sup>24</sup>.

Un hecho de suma importancia es que con posterioridad al dictado de la sentencia, precisamente el 11 de agosto de 2005, la Legislatura de la Ciudad sancionó la Ley Nº 1769<sup>25</sup>, que dispuso la construcción de un hospital en el barrio de Lugano y fijó el perímetro en el que sería construido<sup>26</sup>. A diferencia de la Ordenanza Nº 41795<sup>27</sup>, la Ley Nº 1769 no estipula el volumen del hospital medido en capacidad en camas. Sin embargo, impone al Poder Ejecutivo un plazo máximo e improrrogable de 12 meses para iniciar la obra, la obligación de enviar trimestralmente a la Legislatura un informe explicitando el grado de avance de la obra y la de fijar una partida presupuestaria a fin de construir el hospital<sup>28</sup>.

---

23 En este sentido, señaló: “La responsabilidad del Estado es claramente atribuible a la persona de sus funcionarios, más aún como sucede en este caso, en el que se trata de los funcionarios en el más alto nivel de decisión quienes permanecen impertérritos no sólo ante los mandatos legales, constitucionales e internacionales sino también sociales”.

24 La jueza concluyó “que la presente acción se inscribe en el marco del amparo colectivo, previsto en el artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 14 segundo párrafo de la Constitución de la Ciudad en cuanto establece que la acción de amparo puede ser interpuesta por cualquier habitante y por las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, contemplando la norma el caso de la protección de la seguridad social, en la cual, sin lugar a dudas, queda comprendido el derecho a la salud”.

25 BOCBA Nº 2283 del 26/9/2005. El proyecto de ley fue presentado por la legisladora Beatriz Margarita Baltroc, coactora en la causa.

26 Art. 1: “Dispónese la construcción de un hospital en el barrio de Villa Lugano, a localizarse en una porción de terreno de la manzana 123, Sección 68, Circunscripción 1, con frente de ciento cincuenta metros (150) metros sobre avenida Francisco Fernández de la Cruz, a partir del límite de la fracción que sobre esta misma arteria determina la Ley Nº 516 en su artículo 1º, y 195 metros de fondo, al sudeste lindante con el predio antes mencionado”.

27 Vale recordar que la Ordenanza dispuso la construcción de un Hospital General de Agudos con capacidad para 250 camas.

28 Arts. 2 y 3.

Para comprender el dictado de esta ley, es necesario poner la mirada en el contexto sociopolítico: en junio de 2005 el Movimiento por un Hospital en Lugano se había unido a la Coordinadora Multisectorial Sudoeste (CMS), también conformada por Vecinos Autoconvocados de Lugano I y II y Vecinos Autoconvocados de Villa 20. La CMS tenía por objeto, entre otros, los siguientes reclamos: la construcción del hospital, la urbanización de la Villa 20 y la urbanización del Parque de la Victoria. En este marco, ante la decisión del GCBA de crear un Polo Farmacéutico en la zona sur al que los vecinos se oponían<sup>29</sup>, se negoció de manera global –lo que dificultó la participación de los vecinos específicamente en el proyecto de ley del hospital– que se aceptarían los reclamos de la CMS a costa de la creación de polo<sup>30</sup>. Como consecuencia, el mismo día en que se sancionó la ley 1769, se dictaron las leyes 1768 –dispuso la construcción de un Polo Farmacéutico– y 1770 –estableció la urbanización de la Villa 20–.

La sanción de esta nueva ley produjo un cambio en el rumbo de la causa y, como veremos más adelante, resulta central en la etapa de ejecución de la sentencia. El GCBA apeló la sentencia<sup>31</sup> y la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Fuero modificó la sentencia apelada, ordenando al GCBA dar cumplimiento a la Ley N° 1769, para lo cual exigió que incluyera en el presupuesto del año 2006 las partidas necesarias para efectivizar la construcción del hospital<sup>32</sup>. El tribunal consideró que la Ley N° 1769 importó la derogación –tácita– de la Ordenanza 41.795 que disponía la construcción de un Hospital General de Agudos con una capacidad para 250 camas. Sostuvo que el legislador aún considera necesario construir un hospital en el barrio de Lugano, sin perjuicio de que prescindió de fijar el volumen de su capacidad en camas. Por este motivo, concluyó que en virtud de la instalación en el barrio de una importante red de atención primaria, ya no era necesaria la instalación de un hospital de las proporciones estipuladas en la Ordenanza<sup>33</sup>.

---

29 Según informe acompañado en la causa por la Coordinadora Multisectorial Sudoeste.

30 Entrevista con Nicolás Tauber, abogado patrocinante, noviembre de 2011.

31 La sentencia fue apelada por el GCBA. Planteó los siguientes agravios: a) la sentencia desconoció los recaudos de procedencia del amparo por omisión, pues ignoró que la finalidad de la ordenanza 41.795 se encontraba satisfecha; b) la sentencia se aparta de las constancias de la causa en tanto no meritó adecuadamente la documentación adjunta y los informes técnicos elaborados por las áreas competentes, de las que surge que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ya había iniciado las tareas necesarias para llevar a cabo la construcción de un hospital público que se adecuara a las actuales necesidades de los vecinos de la zona.

32 Sentencia del 13/10/2005.

33 La Cámara apoyó esta conclusión en el conocimiento que tenían varios diputados al sancionarse la Ley 1769 del proyecto de hospital de 100 camas elaborado por la Secretaría de Salud. También sostuvo que en virtud de la sanción de la Constitución de la Ciudad (1996) y la Ley Básica de Salud (1999) –ambas posteriores al dictado

La parte actora interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara, por entender que la interpretación realizada por el Tribunal, en cuanto considera que la sanción de la ley 1769 derogó implícitamente la Ordenanza 41.795, ha sido arbitraria y violatoria de distintos derechos en juego (vida, salud, igualdad), al permitirle a la Ciudad construir un Hospital menor al previsto originalmente por la Ordenanza mencionada, la cual contemplaba una capacidad de 250 camas<sup>34</sup>. La Cámara de Apelaciones declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora<sup>35</sup>, pero el Tribunal Superior de Justicia lo declaró mal concedido<sup>36</sup>. Contra esta última decisión, la parte demandante interpuso recurso extraordinario, que fue denegado<sup>37</sup>. Como última medida, la actora presentó un recurso de queja por recurso extraordinario denegado ante la Corte Suprema de Justicia, que fue declarado inadmisibles<sup>38</sup>.

### 2.3. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

A partir de la sanción de la Ley 1769 y la sentencia de la Cámara de Apelaciones que ordenaba su cumplimiento<sup>39</sup>, la ejecución de la sentencia se centró en dos cuestiones: el tipo de hospital que debía construirse y el grado de cumplimiento de la sentencia por parte del GCBA.

Dado que no se podía solicitar la ejecución de la sentencia de manera inmediata porque la ley 1769 establecía un plazo de 12 meses para el comienzo de

---

de la Ordenanza— parecería haberse afectado la vigencia de la Ordenanza, en cuanto estas normas posteriores jerarquizaban el primer nivel de atención y optaban por desarrollar una estrategia de atención primaria.

34 La actora argumentó que ambas normas —la Ordenanza y la Ley— son compatibles. De este modo, la Ley 1769 no modifica la Ordenanza, sino que la refuerza, al establecer el lugar donde debe construirse el hospital, fijarle plazos improrrogables, un control trimestral sobre el avance de las obras y la orden de determinar una partida presupuestaria a fin de construir el hospital en cuestión.

35 Sentencia del 17/2/2006.

36 El Tribunal Superior consideró que no existía un agravio o gravamen concreto, en cuanto la parte actora no logró acreditar que la sentencia impugnada implicara una afectación al derecho a la salud de los vecinos de Lugano. Como *obiter dictum*, el máximo tribunal de la Ciudad consideró que se había producido una derogación tácita de la Ordenanza, por aplicación del principio *ley posterior deroga ley anterior*. Sentencia del 23/8/2006, voto de la jueza Conde.

37 El Tribunal Superior sostuvo que no existía un agravio sustancial a los derechos constitucionales invocados y que los recurrentes pretendían que se revisara la interpretación efectuada por la Cámara de distintas normas de derecho público de la Ciudad, por lo que se trataba de una cuestión local ajena al recurso extraordinario. Sentencia del 2/11/2006, voto de la jueza Conde.

38 Sentencia del 8/4/2008.

39 La sentencia quedó firme, en cuanto el 23/8/2006 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora. La parte demandada no interpuso recurso de inconstitucionalidad alguno.

las obras del hospital, la ejecución se trasladó en un principio a la Legislatura, específicamente a la Comisión de Salud y a la Comisión de Presupuesto, para que se incluyeran las partidas destinadas a la construcción del hospital. A diferencia de lo ocurrido durante el gobierno de Ibarra, la voluntad del gobierno de Telerman era la de construir el hospital. Así, se mantuvieron reuniones con el Ministro de Salud De Micheli, a las que concurrían varios vecinos y participaban en la discusión del proyecto de hospital. De este modo, se acordó la construcción del hospital en tres etapas. El Ministro dictó una resolución que aprobaba el Plan Médico<sup>40</sup>. Conforme surge del plan, tenía por objeto construir un "Hospital General de Agudos, polivalente, de alta resolución, eficaz, eficiente, efectivo, accesible y de ágiles y confiables respuestas a la demanda de atención de salud de la comunidad de su área de influencia y área programática". La primera etapa debía finalizar en diciembre de 2007.

El GCBA encomendó a Corporación Buenos Aires Sur el comienzo de las obras, que fueron retrasadas por las elecciones de 2007 en la Ciudad. Al caer el gobierno de Telerman, el hospital dejó de construirse. Durante la campaña para Jefe de Gobierno, Macri había prometido que construiría un Hospital General de agudos de 265 camas de internación. Por ello, luego de actos de presión de la CMS para que cumpliera con su promesa electoral, la gestión de Macri continuó con la construcción del primer módulo del hospital.

En junio de 2009 se inauguró la primera etapa del hospital de Lugano, un centro de salud<sup>41</sup> ubicado en las avenidas Francisco Fernández de la Cruz y Escalada. El Centro carecía de equipamiento y de personal, o contaba con personal que no había sido nombrado. La falta de equipamiento recién fue solucionada cuando los vecinos denunciaron públicamente –en el "Proteste ya" del programa CQC– la situación del hospital. En abril de 2010 el centro de salud fue denominado "Dra. Cecilia Grierson"<sup>42</sup>.

---

40 De acuerdo con el Plan Médico, el hospital se construiría en tres módulos a fin de permitir una rápida puesta en funcionamiento de distintos servicios de salud, sin esperar a la concreción total de la construcción de todo el hospital. 1º módulo: Atención ambulatoria que priorizara las especialidades y subespecialidades de mayor demanda y/o necesidad para el I Nivel. Atención para Procedimientos de II Nivel de bajo a nulo riesgo (en Cardiología, Oftalmología, Neurología, OTL). 2º módulo: Atención de Emergencias, Urgencias, y derivaciones de casos del alto riesgo a los Hospitales Referentes. Posta de Ambulancias. Internación de Bajo Riesgo (sin unidades de cuidados críticos. Unidad de Reanimación en Guardia). Procedimientos de Bajo a Mediano Riesgo II. 3º módulo: Se completa la estructura hospitalaria (Especialidades y Sub-especialidades, Dotación de Camas, Unidades de Cuidados Críticos, etc.).

41 Ese día los vecinos se movilizaron a la puerta del centro exigiendo el cumplimiento de la ley 1769 que establece la construcción de un hospital.

42 Ley 3413 (BOCBA Nº 3422 del 17/5/2010).

Desde la asunción de Macri, ya no se realizaron reuniones de los vecinos con funcionarios a fin de lograr la finalización de la construcción del hospital. De este modo, la discusión volvió a la Legislatura. Sin embargo, fracasó la vía parlamentaria. En este punto, la movilización y la presión política de los vecinos había disminuido considerablemente, probablemente al considerar que el problema debía ser solucionado en la justicia.

Por ello, en junio de 2010, se inicia la ejecución en sede judicial. El entonces Asesor Tutelar a cargo de la Asesoría Tutelar Nº 1 ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Dr. Gustavo Moreno promovió la ejecución de la sentencia, aduciendo que se había construido una primera etapa del hospital, pero que no estaba contemplada la construcción de las restantes etapas<sup>43</sup>, donde se encontraban comprendidos servicios específicamente destinados a niños, niñas y adolescentes (pediatría, subespecialidades pediátricas, etc.). El Asesor justificó su intervención en su carácter de legitimado institucional. Si bien la demandada impugnó su legitimación para promover la ejecución de la sentencia, sus diversos recursos fueron denegados, motivo por el cual ello no obstaculizó en modo alguno el proceso de ejecución.

El Asesor argumentó que el proyecto de construcción del hospital se encontraba ejecutado en un tercio —era un centro de salud sin servicio de guardia—, por lo que distaba mucho del hospital de alta complejidad previsto en el Plan Médico. Como consecuencia de ello, solicitó que se le ordenara al GCBA acompañar un plan de obras destinado a la construcción de la segunda y la tercera etapa. El plan debía especificar: a) las obras a realizarse, b) el proyecto técnico previsto, c) el proyecto médico previsto, d) la forma de contratación, e) el cronograma expreso de trabajos según el tiempo que se estimara necesario para la ejecución de las obras, f) la fecha de iniciación y el plazo de finalización de la ejecución de las obras y g) informe de las partidas presupuestarias asignadas para el año 2010 destinadas a la ejecución de la segunda y tercera etapa. Asimismo, solicitó que se lo intimara a acreditar la inclusión en el proyecto de Presupuesto del año 2011 de las partidas necesarias para efectivizar la totalidad de la construcción del hospital.

---

43 Escrito del 7/6/2010. El Asesor Tutelar acompañó un acta labrada por la Prosecretaría Coadyuvante de su asesoría, según la cual el 3/2/2010 las autoridades del Centro Grierson manifestaron no tener conocimiento respecto de la implementación de las dos restantes etapas. También manifestaron que el Centro funcionaba como "Consultorios Externos Programados", por lo que no es un centro de emergencias ni dispone de servicio de guardia permanente ni de camas de internación o terapia intensiva y es de baja complejidad (no se puede realizar tratamientos de alta complejidad).

La parte actora se adhirió al planteo efectuado por el Asesor Tutelar<sup>44</sup>. Agregó que a partir de un acto posterior a la sentencia —el Plan Médico efectuado por el Ministro de Salud— el GCBA resolvió construir un hospital de mediana complejidad de 250 a 300 camas de internación. Sostuvo que a raíz de la presión política de los vecinos, el GCBA había construido la estructura edilicia del primer módulo del hospital y que no la dotó de personal y equipamiento hasta que los vecinos denunciaron públicamente —en el programa CQC— la situación del hospital. Manifestó que a partir de esta situación se habían puesto en funcionamiento algunos servicios mínimos, pero que no se había continuado con la construcción del resto del hospital. Por último, solicitó que se ordenara al GCBA destinar las partidas presupuestarias necesarias para completar la construcción del Hospital General de Agudos, con el personal y el equipamiento necesarios para atender a los vecinos.

En virtud de la presentación del Asesor Tutelar, la jueza convocó a las partes a efectuar un reconocimiento judicial<sup>45</sup> en el Centro de Atención Primaria de Alta Resolución Dra. Cecilia Grierson —el centro de salud inaugurado en la primera etapa de la construcción del hospital—. Cabe destacar que la magistrada hizo constar en las citaciones a los funcionarios públicos al reconocimiento que el Asesor Tutelar había denunciado el incumplimiento de la sentencia, de modo que solicitó que comparecieran al reconocimiento con la documental relativa a las obras y equipamiento faltante en el Centro y cualquier otra información que pudiera eventualmente acreditar su cumplimiento<sup>46</sup>.

En el marco de la audiencia celebrada a continuación del reconocimiento —de importante concurrencia— el Asesor Tutelar solicitó explicaciones respecto del cumplimiento de la sentencia, al afirmar que faltaba implementar dos etapas. La parte actora explicó la necesidad de la construcción de un hospital de alta complejidad en la zona, atento a la insuficiencia en la atención en el Centro Grierson debido a la gran cantidad de personas y niños que habitan en la zona. Al mismo tiempo, destacó la necesidad de una guardia de atención, una base para ambulancias, a saber, la exigencia cada vez más imperiosa del cumplimiento de sentencia. Por su parte, el funcionario del Ministerio de Salud manifestó que la construcción del hospital se encontraba terminada y que desconocía la existencia de dos etapas pendientes, mientras que desde el Ministerio de Hacienda se reconoció que respecto de la segunda y la tercera etapa de la

---

44 Escrito del 28/6/2010.

45 Realizado el 30/6/2010.

46 Proveído del 17/6/2010.

construcción, las partidas presupuestarias no se encontraban previstas en el presupuesto 2010. El representante de los trabajadores del Centro manifestó que en varias oportunidades hubo falta de insumos y de personal para la atención de los pacientes que concurrían al Centro, a la vez que el Director General de la Región Sanitaria II expresó la falta de designación de un Director, de más personal y de presupuesto para el correcto funcionamiento del Centro de Salud. La jueza observó que frente a la única puerta de entrada y salida del Centro de Salud se encontraban las vías por donde circulaban los trenes del Premetro, sin ningún tipo de protección peatonal o vehicular, ni señalización que advirtiera a los peatones y automotores del paso del Premetro, lo que implicaba un riesgo potencial para todos los concurrentes al Centro.

A raíz de lo sucedido en el reconocimiento judicial, la magistrada dictó una resolución en la que concluyó que la sentencia se encontraba parcialmente incumplida respecto de la segunda y la tercera etapa de construcción del hospital<sup>47</sup>. Por lo tanto, consideró que correspondía iniciar el proceso de ejecución. De este modo, intimó al GCBA a acompañar en el plazo de 10 días el plan de obras destinado a la construcción de la segunda y tercera etapa del Hospital de Lugano. En virtud de lo solicitado por el Asesor Tutelar, la jueza agregó que el plan debía especificar: “a) las obras a realizarse, b) el proyecto técnico previsto, c) el proyecto médico previsto, d) la forma de contratación, e) el cronograma expreso de trabajos según el tiempo necesario que se estime para la ejecución de las obras, f) la fecha de iniciación y el plazo de finalización de la ejecución de las obras y g) informe las partidas presupuestarias asignadas para el año 2010 destinadas a la ejecución de la segunda y tercera etapa”. Cabe destacar que lo intimó a acredi-

<sup>47</sup> Resolución del 2/7/2010. Esta resolución fue impugnada por el GCBA, por entender que el Asesor Tutelar carecía de legitimación para promover el incidente de ejecución de sentencia, que se había sustentado en prueba anticipada obtenida extrajudicialmente, que decidía sobre cuestiones no planteadas en la demanda y que excedía lo dispuesto en la ley en cuanto el hospital había sido construido. El recurso fue denegado por la jueza en cuanto consideró que la resolución no era susceptible de apelación en razón del art. 20 de ley 2145. Asimismo, respecto de la manifestación del GCBA de que el hospital se encontraba construido, la jueza tuvo en consideración para desestimarla un informe de Corporación Sur acompañado en el expediente según el cual “el oferente deberá tener en cuenta en su propuesta que el sector correspondiente a los Consultorios Externos y Ambulatorios deberá funcionar en forma autónoma e independiente hasta el momento en que se finalice la construcción completa del Hospital en las etapas posteriores” (providencia del 13/7/2010). Contra dicha providencia, la Ciudad dedujo recurso de queja, que fue declarada inadmisibles por la Sala II. El tribunal de apelación consideró que la resolución no parece “causar a la apelante agravio alguno de imposible reparación ulterior; es decir, sólo se le ha requerido que acredite el efectivo cumplimiento de una sentencia dictada en el año 2005 y no, como pretende el recurrente, que se ha pronunciado una sentencia diversa o novedosa de la dictada en aquella oportunidad. A todo evento, podrá el recurrente, al contestar aquellos requerimientos, denunciar el cabal cumplimiento de la sentencia dictada en su oportunidad” (sentencia del 5/10/2010). Contra esta sentencia, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue declarado inadmisibles por la Cámara (sentencia del 5/7/2011).

tar la inclusión en el proyecto de presupuesto del año 2011 de las partidas necesarias para efectivizar la totalidad de la construcción del Hospital, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias en cabeza del Sr. Lemus<sup>48</sup>.

Posteriormente, cumplido el plazo para la contestación de la intimación al GCBA y en virtud de la relevancia otorgada por la jueza a la etapa de ejecución de sentencia, se fijó una audiencia en la sede del tribunal a fin de que las autoridades del GCBA explicaran los puntos especificados anteriormente por la jueza.

En el marco de la audiencia<sup>49</sup>, el Asesor Tutelar manifestó que se encontraba vencido el plazo para el cumplimiento de la resolución que intimaba al incumplimiento de la sentencia. Por su parte, el GCBA –diferenciándose de su argumentación previa de que el hospital se encontraba terminado– alegó no poder cumplir con la manda judicial en cuanto a acompañar el cronograma del plan correspondiente a la segunda y tercer etapa de construcción del hospital, debido a que no se contaba con un plan médico<sup>50</sup>, que estaría listo en el término de 90 días, puesto que se encontraban evaluando qué tipo de hospital era necesario construir. La jueza preguntó al Jefe de Gobierno si iba a continuar con la segunda y tercera etapa de la construcción del hospital o si se iba a realizar otro hospital o si no iba a hacer nada al respecto. La representante de Corporación Buenos Aires Sur –encargada de llevar a cabo la obra– manifestó que no hubo proyecto de obra para la segunda y tercera etapa del hospital, sino que simplemente existía un proyecto de zonificación para dichas etapas. Respecto del acceso al Centro, el subsecretario de Administración del Sistema de Salud se comprometió a presentar distintas opciones de seguridad del paso de las vías del Premetro. Tanto la parte actora como el Asesor Tutelar solicitaron que se declarara incumplida la intimación a acompañar un plan de obras y que se hiciera efectivo el apercibimiento de multa<sup>51</sup>.

Tras la audiencia y a raíz de la ratificación de la denuncia de incumplimiento por parte del Asesor Tutelar, la jueza hizo efectivo el apercibimiento dispues-

---

48 Al mismo tiempo, libró un oficio a Metrovías S.A. a fin de que informara cuáles eran las medidas de seguridad previstas para el paso peatonal y vehicular frente a la puerta de entrada y salida del Centro Grierson.

49 Celebrada el 10/8/2010.

50 El Asesor Tutelar se opuso a lo expresado en cuanto a la inexistencia de un plan médico. En sentido contrario, argumentó que Corporación Buenos Aires Sur contaba con un plan médico remitido por el Ministerio de Salud, tal como se desprende de las constancias de la causa, conforme al cual el hospital debía ser un Hospital General de Agudos, polivalente, de alta resolución, con una capacidad mínima de 250 camas y debía construirse en tres etapas, lo que se encontraba evidentemente incumplido. En igual sentido, la actora manifestó la existencia de un Plan Médico realizado por funcionarios del Ministerio de Salud en diciembre de 2006.

51 El Asesor Tutelar manifestó que la orden se encontraba debidamente notificada. Al mismo tiempo, el Asesor y la parte actora solicitaron la extensión de la multa al Jefe de Gobierno, previa notificación de la resolución.

to en la mencionada resolución, imponiendo al Ministro de Salud Sr. Lemus una multa de \$100 diarios hasta tanto demostrara haber tomado decisiones pertinentes que dieran cumplimiento a la sentencia tendiente a la iniciación de trabajos de construcción de la segunda etapa del futuro Hospital Lugano<sup>52</sup>. Contra dicha resolución, el Ministro de Salud interpuso recurso de apelación, alegando que la resolución que le aplicaba astreintes no le había sido notificada de manera personal. La apelación fue denegada<sup>53</sup>, lo que motivó un recurso de queja que fue admitido<sup>54</sup> y revocó la resolución que imponía una multa al Sr. Lemus<sup>55</sup>. Para así resolver, la Cámara de Apelaciones consideró que ambas notificaciones – el apercibimiento previo y la efectiva aplicación de la multa– habían sido dirigidas al Ministerio de Salud y no al Sr. Lemus y que habían sido dejadas en ambos casos en la mesa de entradas del ministerio y no en el despacho del Sr. Lemus<sup>56</sup>.

La parte actora denunció nuevamente el incumplimiento de la obligación de construir un Hospital General de Agudos con un mínimo de 250 camas, y acompañó documentación en sustento de ello: el Plan Médico efectuado por el Ministro de Salud –que ordenaba la construcción de un Hospital General de Agudos–, un afiche de la campaña electoral de Macri en el que promocionaba la realización de un hospital con capacidad para 265 camas de internación y la contestación del Ministerio de Salud a un pedido de informes de la Legislatura, en la que informaba que en junio de 2009 se había inaugurado la primera etapa de lo que sería el Hospital General de Agudos. Por ello, solicitó que se declarara el incumplimiento de la sentencia y que se ordenara su cumplimiento teniendo como piso mínimo las prestaciones incluidas en el Plan Médico de 2006, así como que se ordenara la inclusión de las partidas presupuestarias destinadas a culminar las obras del hospital<sup>57</sup>.

---

52 Resolución del 17/8/2010.

53 Resolución del 26/10/2010. La jueza consideró que la resolución no era susceptible de apelación en razón del art. 20 de ley 2145.

54 Resolución del 21/10/2010. Al expedirse sobre los agravios expresados por el recurrente, el Asesor Tutelar argumentó que en el reconocimiento había quedado demostrado el incumplimiento de la manda judicial, al quedar pendiente la construcción de dos etapas del hospital, lo que no había sido cuestionado por Lemus en su apelación a la imposición de astreintes. A su vez, manifestó que tanto el apercibimiento previo como la efectiva aplicación de la multa habían sido notificados por cédula dirigida a nombre de la persona obligada (arts. 119, 5º y 120, 1º CCAyT), que en los reversos de las cédulas obraban las circunstancias de diligenciamiento y que el Sr. Lemus vivía efectivamente allí.

55 Sentencia del 30/8/2011.

56 La Cámara estableció que en tanto las sanciones pecuniarias tienen carácter personal, la notificación tiene que realizarse personalmente al funcionario que se pretende responsabilizar.

57 Escrito del 17/8/2010.

Al mismo tiempo, en virtud de lo solicitado por la parte actora, la jueza intimó al Jefe de Gobierno a que demostrara con sustento documental haber tomado las decisiones tendientes a la construcción de las obras correspondientes a la segunda etapa del hospital, todo ello bajo apercibimiento de aplicar sanciones pecuniarias<sup>58</sup>. Ante dicho incumplimiento y a raíz del requerimiento del Asesor Tutelar, la magistrada hizo efectivo el apercibimiento, imponiéndole una multa de pesos cien (\$ 100) diarios hasta tanto demostrara con el sustento documental pertinente haber tomado las decisiones respectivas para la construcción de las obras correspondientes a la segunda etapa del hospital<sup>59</sup>. Contra dicha resolución, el Jefe de Gobierno interpuso recurso de apelación, que fue denegado<sup>60</sup>. Ello motivó la interposición de un recurso de queja, que fue admitido<sup>61</sup> y revocó la resolución que hacía efectivo el apercibimiento al Ing. Macri. Para así resolver, la Cámara consideró que no le había sido notificada de manera personal, por lo que no podía cumplir su función compulsoria<sup>62</sup>.

Posteriormente, la jueza consideró que ante el incumplimiento por no acreditar la inclusión de las partidas necesarias para efectivizar la totalidad de la construcción del Hospital en el proyecto de presupuesto 2011 y ante el requerimiento del Asesor Tutelar, correspondía imponer al Sr. Lemus “una sanción pecuniaria fijándosela en el monto único y total de pesos tres mil doscientos (\$ 3.200) del sueldo bruto”<sup>63</sup>. Contra dicha resolución, el Sr. Lemus interpuso recurso de apelación, que fue denegado y motivó un recurso de queja. La Cámara admitió el recurso<sup>64</sup>, al considerar que la resolución apelada había sido dictada como consecuencia de la decisión del 17 de agosto de 2010 –que le imponía una multa hasta que demostrara haber tomado decisiones para dar cumplimiento a la sentencia– y que había sido revocada por el tribunal. Como consecuencia

---

58 Resolución del 17/8/2010. Esta resolución fue impugnada por el GCBA. El recurso fue denegado por la jueza en cuanto consideró que la resolución no era susceptible de apelación en razón del art. 20 de ley 2145 (providencia del 24/8/2010). Contra dicha providencia, la Ciudad dedujo recurso de queja, que fue declarada inadmisibles por la Sala II (sentencia del 21/10/ 2010). Contra esta sentencia, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue declarado inadmisibles por la Cámara (sentencia del 16/8/2011).

59 Resolución del 18/10/2010.

60 Resolución del 26/10/2010. Consideró que la resolución era inapelable en los términos del art. 20 de la ley 2145.

61 Sentencia del 16/12/2010.

62 Sentencia del 30/8/2011.

63 Resolución del 18/10/2010. A tal fin libró oficio a la Dirección de Recursos Humanos del GCBA para que deposite el monto correspondiente en una cuenta que debía abrirse a tal efecto en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires.

64 Sentencia del 22/3/2011.

de ello, sostuvo que el recurso había perdido virtualidad, por lo que cabía declararlo abstracto<sup>65</sup>.

Unos meses después de que la jueza resolviera que la sentencia se encontraba parcialmente incumplida respecto de la segunda y la tercera etapa, el GCBA dictó el Decreto 849/10<sup>66</sup>, que reglamentaba la Ley 1769 y aprobaba un nuevo Plan Médico y Arquitectónico para el Hospital de Lugano<sup>67</sup>, cuya copia presentó en el expediente.

El decreto se encontraba acompañado por un informe del Consejo Académico Asesor del Ministerio de Salud. Según este documento, no era necesaria la construcción de un Hospital General de Agudos. En efecto, afirmaba: “las camas actuales de la Región Sanitaria 2 son suficientes para la demanda. En este sentido, no creemos conveniente, en el corto y mediano plazo, la implementación de un Hospital General de Agudos en dicha región (...). Se considera asimismo que si el Hospital Cecilia Grierson se destina a Centro de Alta Resolución disminuiría sensiblemente la ocupación de camas por pacientes con patologías de mediana y baja complejidad lo que redundaría en que los hospitales de dicha región [Santojanni, Piñero] utilicen la dotación de camas existentes para patología de mayor complejidad asegurando, además, disponibilidad inmediata para la recepción de las urgencias producidas en él [Hospital General de Agudos]”.

En virtud de este nuevo plan, la parte actora solicitó que se declarara el incumplimiento de la ley 1769 y de la sentencia de Cámara dictada en la causa<sup>68</sup>. Como consecuencia, solicitó que se intimara al GCBA a continuar con la construcción del Hospital General de Agudos, tal como lo establecía el Plan Médico aprobado y comenzado a ejecutar en diciembre de 2006. Agregó que a más de cinco años de sancionada la ley 1769, el Hospital de Lugano seguía sin construirse. Concluyó que el nuevo Plan Médico vulneraba el derecho a la salud de los vecinos, en cuanto no preveía la construcción de un hospital sino de un centro de salud de alta resolución<sup>69</sup>. La parte actora también manifestó que del

---

65 Sentencia del 5/10/2011.

66 BOCBA Nº 3546 del 17/11/2010.

67 El anexo I reza: “El proyecto [Hospital de Lugano] apunta a reflejar un hospital de cuidados progresivos, orientado a generar un efector de alta resolución, perfilado hacia el estudio diagnóstico, de baja y mediana complejidad, cirugías ambulatorias y de corta estancia, con fuerte componente en la atención de emergencias, con fuerte énfasis en el área programática para el desarrollo de acciones comunitarias”.

68 Escrito del 6/12/2010.

69 El Decreto 849 establece en sus considerandos que la zona alcanzada por el Hospital Lugano “requiere un sistema de salud que procure una resolución rápida y eficaz de los problemas de salud de la población, priorizando la corta estancia y tanto la atención ambulatoria básica como la especializada”.

Plan Médico no se desprendía ningún plan de construcción –no indicaba qué se iba a construir, plazos de construcción, plan de obras, personal a contratar, asignación presupuestaria–. En realidad, sostuvo, se trataba tan sólo de un dictamen con recomendaciones emitido por una Comisión Asesora para el Ministerio de Salud.

De acuerdo con la demandante, el Decreto vulneraba el principio de progresividad por cuanto dejaba sin efecto la construcción del Hospital General de Agudos para reemplazarlo por un Centro de Alta Resolución. El nuevo Centro de Alta Resolución –sólo denominado “hospital” a los efectos de enmarcarlo en la Ley 1769– no tendría camas de internación y no permitiría la realización de operaciones de algún grado de complejidad. En cambio, el Plan Médico de 2006, comenzado a ejecutar mediante la construcción de la primera etapa, preveía un Hospital General de Agudos con una capacidad de 250 camas de internación. Ello implicaba un evidente retroceso en el goce del derecho a la salud de los vecinos de Lugano<sup>70</sup>.

Al mismo tiempo, la Asesora Tutelar Subrogante<sup>71</sup> solicitó que se declarara que el decreto no cumplía con la ley 1769 ni con la sentencia de Cámara. Como consecuencia, solicitó que se ordenara al GCBA presentar un Plan Médico y Arquitectónico que respondiera a ambos incluyendo plan de obras, cronograma de las mismas, etapas y plazos de ejecución, modalidad de contratación, personal afectado, servicios y especialidades contempladas, plazas de internación y partidas presupuestarias, todo ello bajo apercibimiento de aplicar sanciones pecuniarias al Ministro de Salud. Acompañó un acta de una visita al Centro Grierson, en la que se constató que no había ninguna obra en curso y que sus autoridades tampoco habían sido informadas de ninguna planificación de obra a desarrollarse en el corto plazo. Sostuvo que el Centro de Salud se limitaba a un conjunto de consultorios externos que ni siquiera contaba con un servicio de guardia propiamente dicho ni con el área de atención comunitaria –a diferencia de otros CESACs–<sup>72</sup>. Alegó que la necesidad de un hospital nunca había sido ob-

---

70 La actora sostuvo: “habiendo asumido la obligación el Estado de construir un Hospital General de Agudos de determinadas características, no puede posteriormente construir un centro de salud y pretender de esa manera cumplir con sus obligaciones y respetar los derechos de los habitantes de la ciudad”.

71 Res. AGT 150/10. La Dra. Mabel López Oliva fue designada transitoriamente como Asesora en la Asesoría Tutelar de Primera Instancia ante el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1 hasta tanto el cargo se cubra por Concurso Público de Oposición y Antecedentes. Por medio de Res. AGT 31/13 fue asignada a dicha Asesoría luego de quedar en el primer lugar en el Concurso Público de Oposición y Antecedentes Nº 38/09 y obtener la conformidad de la Legislatura para su designación.

72 Conforme al acta, personal del Centro refirió que no poseía ambulancia, servicio de traumatología, dermatología, alergia, geriatría, psicopedagogía, todo ello previsto en el decreto 849/10.

jeto de controversia, pero que lo que sí se encontraba controvertido era la cantidad de plazas. Concluyó que el incumplimiento de la sentencia era inadmisibile –no se había construido el hospital ni acreditado la afectación de las partidas presupuestarias ni presentado informes de avance<sup>73</sup>.

Al momento de contestar el traslado, la demandada sostuvo que en el marco de la ley 1769 y de lo dispuesto por la sentencia de la Cámara, el GCBA había construido el Hospital de Lugano. Afirmó que el decreto 849/10 –que reglamentó la ley 1769– se dictó a los efectos de adecuar las instalaciones del hospital a las necesidades y demandas asistenciales de la población. Citó doctrina del Tribunal Superior en el marco de la causa, según la cual “el Poder Ejecutivo es el que se encuentra en mejores condiciones de determinar qué tipo de hospital necesita el barrio de Lugano, de qué envergadura y complejidad, y qué servicios debe ofrecer. Ésas son cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia”<sup>74</sup>.

A partir de un pedido de la Asesora Tutelar Subrogante<sup>75</sup>, fijó una nueva audiencia, a fin de que los funcionarios del Ministerio de Salud y del Ministerio de Hacienda informaran respecto de las medidas tomadas para dar cumplimiento a la sentencia. En el marco de la audiencia<sup>76</sup>, la jueza afirmó que se trataba de una situación circular: la parte actora y el Asesor Tutelar consideraban que la sentencia se encontraba incumplida, mientras que los representantes del GCBA insistían en su cumplimiento. En este sentido, para salir de dicha situación, sostuvo que procedería a dictar sentencia.

Sin embargo, previo a resolver, la jueza, como una medida para mejor proveer, convocó a que personas físicas y jurídicas en calidad de “Amigos del Tribunal” emitieran opinión acerca de si el Centro de Salud reunía los requisitos técnicos para ser considerado el Hospital de Lugano y en consecuencia determinar si el GCBA cumplió integral o parcialmente con la sentencia de la Cámara de Apelaciones<sup>77</sup>. Para ello, estableció un plazo de 100 días hábiles y fijó una nueva audiencia para una vez concluido dicho plazo (20/3/2012).

Luego, cerca de la fecha en la que debía celebrarse la audiencia, la jueza dispuso rectificarla y establecer un nuevo plazo de 100 días hábiles (hasta el 29 de

---

73 Dictamen del 13/7/2011.

74 Sentencia del 23/8/2006.

75 Dictamen del 19/8/2011.

76 Celebrada el 5/10/2011.

77 Proveído del 17/10/2011.

agosto) a los mismos fines, es decir, para recibir opiniones de “Amigos del Tribunal” y realizar una nueva audiencia<sup>78</sup>.

De este modo, se presentaron opiniones de “Amigos del Tribunal”, entre ellos, el Director del Departamento de Salud Pública de la Universidad de Buenos Aires<sup>79</sup>, un médico del Hospital Santojanni<sup>80</sup>, un médico y un miembro de la Junta Comunal N° 8<sup>81</sup>, y la Asociación Agentes de Propaganda Médica de la República Argentina<sup>82</sup>.

En el marco de la audiencia<sup>83</sup>, la parte actora solicitó que se tuviera por incumplida la sentencia y se iniciara su ejecución, imponiéndose multas al Jefe de Gobierno y al Ministro de Salud. Por su parte, el GCBA solicitó acompañar en el plazo de 10 días un informe técnico sobre el plan de obras a realizar, servicios a prestar y plazos previstos para su efectiva implementación en relación con las obras vinculadas al Centro Grierson.

---

78 Proveído del 14/3/2012.

79 Fs. 1460-1465. Sostuvo que se trataba de un Hospital de Baja Complejidad dado que contaba con consultorios externos de especialidades básicas, laboratorio, shock-room y posta de emergencia, que tenía estructura de hospital (conducido por un Director y Subdirector), y que se encontraba relacionado con el Hospital Santojanni al que se derivaban los casos que requerían internación general. Agregó que se proyectaba pasar en dos etapas a un hospital de mediana complejidad, para lo cual debería contar con la infraestructura, el equipamiento y los recursos humanos necesarios. Por último, mencionó que se encontraba relacionado con el CESAC N° 44, que no tiene estructura hospitalaria.

80 Fs. 1484-1486. El médico señaló “A la hora actual el Hospital de Villa Lugano Cecilia Grierson (HVLGC) no puede ser considerado de ninguna manera un hospital, toda vez que le falta TODOS los elementos que le permiten ser calificado como perteneciente a dicha categoría”. Afirmó que ninguna de las cuestiones previstas en el Plan Médico realizado en diciembre de 2006 (Guardia, shock-room, base de SAME, proceso de atención ambulatoria con áreas de oftalmología, cirugías ambulatorias, bloqueos anestésicos, etc.) habían sido creados. Añadió que había renunciado la única autoridad del Centro Grierson y que había emigrado una gran cantidad de profesionales nunca reemplazados. De este modo, concluyó que “el denominado Hospital de Villa Lugano Cecilia Grierson, que cubre un área con una población superior a las 200.000 personas no puede llamarse HOSPITAL”.

81 Fs. 1493-1495 vta. El médico argumentó: “Ejercí mi profesión durante los últimos 20 años en la Ciudad de Buenos Aires, más específicamente en la zona afectada por la falta del hospital referido en los presentes actuados, con acabado conocimiento de las problemáticas de salud de la zona que actualmente se divide políticamente como ‘Comuna N° 8’ que abarca los barrios de Villa Lugano, Villa Soldati y Villa Riachuelo”. Por su parte, el Miembro de la Junta Comunal N° 8 sostuvo: “Los vecinos a los que represento conviven en la zona de la Comuna N° 8, que resulta ser la más poblada de las divisiones políticas territoriales de la Ciudad de Buenos Aires y que no cuenta con un hospital general de agudos, necesidad que ha sido puesta de manifiesto por diversas normas de carácter local y general y que se han puesto en tela de juicio en los presentes actuados, habiendo meritado la resolución de VS de fecha 25/7/2005”.

82 Fs. 1528. Esta asociación manifestó: “De acuerdo a nuestra experiencia, todas las instituciones que ese nombre reciben, tienen en común la existencia de una guardia de 24 hs. con las especialidades principales (pediatría, clínica médica, cirugía, etc.). Asimismo, todos ellos constan de salas de internación, al menos en clínica médica, pediatría, cirugía y sus correspondientes quirófanos. También están integrados como base al sistema de emergencias SAME. Todos estos servicios no forman parte de las prestaciones que ofrece actualmente la institución ubicada en Av. F. de la Cruz 4402”.

83 Celebrada el 30/8/2012.

En virtud de la renuncia del Ministro de Salud y del Subsecretario de Administración de Sistemas de Salud, el primero solicitó una prórroga para presentar el informe técnico sobre el plan de obras<sup>84</sup>, que fue concedida por la jueza<sup>85</sup>.

En octubre de 2012, el GCBA acompañó el informe (una nota elaborada por la Dirección General de la Región Sanitaria II) al expediente. En dicho nota, afirmó que el Hospital Cecilia Grierson es un hospital de baja complejidad, cuyas prestaciones “se centran en la estrategia de atención primaria de la salud, promoción y protección, diagnóstico precoz de daño, atención de la demanda espontánea, búsqueda de demanda oculta, control de salud de la población, asistencia a problemas de bajo riesgo que necesiten internación mediante mecanismos de referencia y contrarreferencia a otros niveles de complejidad”<sup>86</sup>. Añadió que el Hospital Cecilia Grierson refleja el espíritu y la letra del Decreto N° 849/10, y que se trata de un hospital puesto que cuenta con consultorios externos de especialidades básicas, servicio de odontología, servicio de imágenes, extracción de muestras de laboratorio y sala de procedimiento, además de tener la estructura jerárquica de un hospital (Director y Subdirector). Manifestó que “[d]ada la demanda de la zona de influencia se proyectó un efector en la zona que contemplara la necesidad de resolución rápida de los problemas de salud de la población priorizando la corta estancia y tanto la atención ambulatoria básica como la especializada. Se configura así, un efector de salud por procesos que contemple el diagnóstico, propuesta de tratamiento y seguimiento de los pacientes”.

Por último, la nota refiere que la primera etapa del hospital se encuentra en funcionamiento desde su inauguración en julio de 2009, albergando consultorios de distintas especialidades brindando cobertura de salud a nivel de Atención Primaria. Con respecto a la segunda etapa, el informe señala que se desarrollará en dos módulos a fin de conformar un Centro de Alta Resolución, “perfilado hacia el estudio Diagnóstico de baja y mediana complejidad, con importante centro de atención de Emergencias y fuerte énfasis en el área Programática para el desarrollo de acciones comunitarias, de manera de satisfa-

---

84 Escrito del 14/9/2012.

85 Proveído del 17/9/2012.

86 Nota NO-2012-02194198-DGRS2 de fecha 11/10/2012. Añadió que “[e]n la misma Región Sanitaria de la Ciudad existen Hospitales de mediana y alta complejidad, básicamente aquellos que están categorizados del nivel IV al IX. En este sentido, podemos indicar al Hospital Santojanni como de alta complejidad y al Hospital Álvarez y al Hospital Piñero como de mediana complejidad; y en el plan integrado de salud de la Ciudad se trata de descomprimir aquellas atenciones de baja complejidad mediante construcción puesta en marcha de este Hospital, que a su vez actúa como derivador de casos complejos a los efectores antes mencionados”.

cer una demanda eminentemente ambulatoria, asegurando la referencia a los Hospitales de derivación mediante los equipos de traslado de aquellos casos que superen el nivel de resolución disponible". Refiere que en el primer módulo, se establecen procesos de complejidad creciente en el tiempo, mientras que en el segundo se construirá el Bloque de la Central de Emergencias, estimando su construcción para el período 2013-2015. Completada la segunda etapa, indica que se dará inicio a la construcción del último bloque edilicio correspondiente a cirugía ambulatoria e internación de corta estancia.

Al contestar el traslado conferido, la parte actora denunció nuevamente el incumplimiento de la sentencia. Sostuvo que la nota<sup>87</sup> presentada por el GCBA refiere a una segunda etapa para conformar un Centro de Alta Resolución, mas no un hospital. Añadió que consta de meras afirmaciones en potencial, sin la presencia de un dato concreto, un plan de construcción, plazos y presupuesto para llevarlo a cabo. Afirmó que de la nota surge que el Centro no prevé estar abierto las 24 hs ni todos los días del año ni la existencia de camas de internación. Asimismo, consideró que tanto la ley 1769 como la sentencia refieren claramente a un Hospital y no a un Centro de Alta Resolución y que el propio GCBA en su guía de hospitales establece que "[e]stos establecimientos brindan servicios de mediana y alta complejidad que incluyen la atención de urgencias las 24 horas, consultorios externos, internación (clínica, quirúrgica y maternidad), hospital de día y de rehabilitación psicofísica y psiquiátrica. En los hospitales también se realiza una amplia gama de estudios de laboratorio, anatomía patológica, genética y diagnóstico por imágenes con variada tecnología". Así las cosas, los establecimientos que no cumplen con estos requisitos no son considerados por el propio GCBA como un Hospital. Sostuvo que ése era el caso del Centro Cecilia Grierson en tanto no brindaría servicios de mediana o alta complejidad, no incluiría internación ni el resto de los servicios existentes en cualquiera de los otros establecimientos hospitalarios de la Ciudad.

Por otra parte, consideró que en virtud de los antecedentes a los que hizo referencia a lo largo del expediente surge que el Hospital de Lugano de la ley 1769 se trata de un Hospital General de Agudos con una capacidad mínima de 100 y máxima de 400 camas de internación, con un promedio de 250.

Concluyó que la presentación del GCBA no cumplía ni tendía a dar cumplimiento a la sentencia –dictada siete años antes–, en tanto no preveía la cons-

---

<sup>87</sup> La parte actora afirma que se trata de una nota interna entre dos funcionarios del GCBA, no siendo ni siquiera un acto administrativo.

trucción de un Hospital sino de un Centro de Alta Resolución<sup>88</sup>. Como consecuencia de ello, solicitó que se ordenara al GCBA terminar la construcción del Hospital General de Agudos Cecilia Grierson siguiendo el plan médico aprobado por el Ministerio de Salud que diera origen al comienzo de la construcción del primer módulo por Licitación n° 10-CBAS-2007<sup>89</sup>.

Al mismo tiempo, la Asesora Tutelar presentó un dictamen<sup>90</sup> en el que adhirió a los fundamentos de la parte actora. Consideró que el GCBA continuaba siendo reticente a cumplir con la sentencia, y que su presentación consistía en una nota interna, desprovista de plazos, presupuesto afectado y un acto administrativo respaldatorio de las obras a realizarse, motivo por el cual no revelaba un compromiso serio y real de cumplir con la sentencia. Agregó que la información era difusa e imprecisa, por lo que no se vislumbraba la voluntad política de construir el hospital y cumplir con la manda judicial. Con respecto a las camas de internación, afirmó que no se podía saber si efectivamente se pondrían en funcionamiento, ni cómo ni cuándo, y en relación con el sistema de urgencias, sostuvo que faltaba información de cuándo se pondría en funcionamiento la guardia, pero que de todos modos no funcionaría como una guardia hospita-

88 Estimó que la construcción de un Centro de Alta Resolución enfocado en la atención primaria sin camas de internación ni atención las 24 hs no encontraba sustento en sus propios actos administrativos previos, dado que siempre había sostenido que estaba llevando a cabo la construcción de un Hospital General de Agudos con camas de internación. Ello conforme surge de: 1) la Licitación Pública n° 10-CBAS-2007, para llevar adelante la construcción de un hospital de mediana complejidad en Lugano (1 etapa); 2) la Nota 867811/DGRIFISS de fecha 10/8/2010, en la que el Director General de Recursos Físicos en Salud del Ministerio de Salud afirma que "la obra fue puesta en operación en junio de 2009 y ejecutada por Corporación Buenos Aires Sur según proyecto surgido del Plan Médico 2005. La obra fue encomendada según el convenio entre Corporación Buenos Aires Sur y el Ministerio de Salud registrado en la Escribanía General de la Ciudad N° 4401 del 21/7/2008 por el monto de \$13.357.000"; 3) el Expediente Legislativo N° 1852-D-2009, por medio del cual la Legislatura solicitó al GCBA información sobre puntos referidos al Hospital General de Agudos, a lo que el Ministerio de Salud respondió: "se hace saber que en junio lo que se inauguró fue la 1ª etapa finalizada de lo que será el Hospital General de Agudos"; 4) el Diseño Organizacional (Plan Médico) del Hospital de Villa Lugano, según el cual se construiría "un Hospital General de Agudos, polivalente, de alta resolución" en "3 módulos a fin de permitir una rápida puesta en funcionamiento de distintos servicios de salud, sin esperar a la concreción total de la construcción de todo el hospital"; 5) la nota periodística al entonces Ministro de Salud Micheli en la revista Corporación Buenos Aires en la que manifiesta "hemos aceptado diferentes recomendaciones de la Legislatura para avanzar en forma modulara. Es decir, comenzar a resolver durante el primer año problemas de diagnóstico y tratamiento que pueden ser ambulatorios, mientras que en paralelo continúan las obras para avanzar en el sector de internación y alta complejidad (...). Y el total de la obra no debería superar los tres años"; 6) el afiche publicitario de campaña perteneciente a Mauricio Macri, promocionando la realización del Hospital de Lugano; 7) el Pliego de especificaciones técnicas remitido por la Corporación Buenos Aires donde se desprende que conforme al Plan Médico el Hospital de Lugano debe ser un Hospital General de Agudos, polivalente, de alta resolución; y 8) el Informe N° 7479/SS/2005 acompañado en la contestación de demanda el cual contenía un proyecto de Hospital General de Agudos a construirse con una capacidad de 100 camas de internación.

89 Escrito del 31/10/2012.

90 Dictamen del 19/11/2012.

laría las 24 hs. Por otra parte, sostuvo que el Centro Grierson tenía las mismas prestaciones que un Centro de Salud, ya que no existían camas de internación ni contaba ni contaría con guardia hospitalaria. Como consecuencia, solicitó que se declarara el incumplimiento de la sentencia y se intimara al Jefe de Gobierno a cumplirla, debiendo acreditar con documentación suficiente las obras a realizarse, los plazos previstos, la modalidad de contratación y cualquier otra información relevante bajo apercibimiento de imponer sanciones.

El GCBA, al contestar el traslado conferido respecto de las presentaciones de la parte actora y de la Asesora Tutelar, manifestó ratificar “en todos sus términos el plan de obras propuesto [contenido en la nota elaborada por la Dirección General de la Región Sanitaria II] y las características del efector a construirse en las etapas programadas, entendiendo que enmarca en los términos de la ley y que cumple con las necesidades de atención de la salud que se requieren en la zona de influencia”. Añadió que tanto el presupuesto 2013 como el plan plurianual de inversiones preveían las partidas presupuestarias pertinentes para la concreción de las obras y que en el mes de enero de 2013 se iniciarían los expedientes pertinentes para propender a su contratación y comienzo de ejecución. Por último, señaló que se encontraba en la etapa de elaboración de un plan detallado de plazos y etapas de construcción, el que sería acompañado en un plazo de 15 días a fin de que la jueza pudiera evaluar su adecuación a los términos de la sentencia<sup>91</sup>.

Luego, la Asesora Tutelar dictaminó en relación con la contestación del GCBA. Consideró que si bien la demandada sostenía que contaba con una partida presupuestaria para la concreción de las obras durante el año 2013, ello no había sido acreditado a través de documentación respaldatoria, a pesar de que la sentencia de la Cámara de Apelaciones ordenaba la incorporación de una partida para la construcción del hospital. Añadió que a pesar de que el GCBA afirmó encontrarse en elaboración de un plan detallado de las obras, en virtud de la época del año [diciembre] y los tiempos que insumen las obras públicas, los plazos y el cumplimiento efectivo de la sentencia seguramente se extenderían. Por otra parte, reiteró que lo que se pretendía construir mediante el decreto 849/10 no era un hospital sino un Centro de Alta Resolución que no preveía ninguna cama de internación. Como consecuencia, solicitó nuevamente que se declarara incumplida la sentencia y se intimara a la demandada a su estricto

---

91 Fs. 1582-1588.

cumplimiento bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias al Jefe de Gobierno<sup>92</sup>.

Al mismo tiempo, la parte actora solicitó nuevamente que se declarara incumplida la sentencia<sup>93</sup>. Consideró que la sentencia obligaba a construir un Hospital General de Agudos con 100 camas de internación como mínimo y no un centro de alta resolución sin camas de internación. En virtud de ello, peticionó la aplicación de sanciones conminatorias en cabeza del Jefe de Gobierno y del Ministro de Salud y que se le ordenara al GCBA presentar en el plazo de 5 días toda la documentación referida a la construcción del Hospital General de Agudos en tres módulos, estableciendo plazos cortos y perentorios para cumplir con la ejecución del plan originario.

En virtud de lo manifestado por la demandada y las presentaciones de la parte actora y la Asesora Tutelar, la jueza ordenó que se librara oficio al Ministerio de Salud a fin de solicitar la ampliación de lo expuesto en relación con la Previsión Presupuestaria 2013 y el Plan Plurianual de Inversiones, y para que informara el número de expediente administrativo, su radicación actual y la empresa contratista de las obras, para lo cual requirió que acompañara la pertinente documentación respaldatoria<sup>94</sup>.

La Asesora Tutelar reiteró lo manifestado acerca de la falta de información precisa de plazos, lo que sumado, a los tiempos que insumen las obras públicas, probablemente impediría que cumplieran en tiempo y forma con los plazos pautados. Al mismo tiempo, reiteró el incumplimiento del GCBA al negarse a cumplir con lo ordenado judicialmente. En consecuencia, solicitó nuevamente que se declarara incumplida la sentencia en flagrante violación de la ley 1769<sup>95</sup>.

La jueza aún no resolvió si el decreto 849/10 y/o el plan de obras cumplen o tienden a dar cumplimiento con la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones.

### **3. HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA EJECUCIÓN**

La ejecución de decisiones colectivas vinculadas con derechos sociales suele ser muy compleja. Por ello, resulta importante que el actor utilice diferentes estrategias a fin de lograr el cumplimiento, que el juez comprenda que su rol es

---

92 Dictamen del 13/12/2012.

93 Escrito del 26/12/2012.

94 Proveído del 5/2/2013.

95 Dictamen del 4/3/2013.

diferente al que tiene en los casos individuales y que la etapa de ejecución requiere de una supervisión permanente, y que los actores institucionales desempeñen un rol más activo, incluso cuando no han intervenido durante el proceso.

Varios son los aspectos a destacar en lo que respecta a la ejecución de la sentencia en el caso del Hospital Lugano. Es interesante el desenvolvimiento de los actores durante todo el proceso. En primer lugar, su pretensión era concreta y cumplible: que se ordenara cumplir con el deber legal de construir un hospital en Lugano. En segundo lugar, fue clave la combinación de estrategias políticas y jurídicas para ejecutar la sentencia. En un primer momento, las estrategias fueron meramente políticas por la imposibilidad de ejecutar la sentencia en la vía judicial de manera inmediata; luego las acciones de incidencia política o movilización social se subordinaron a lo que sucedía en el ámbito judicial. En tercer lugar, fue importante el reconocimiento de su poca experiencia en la ejecución de procesos colectivos para dar mayor cabida a la intervención del Asesor Tutelar<sup>96</sup>.

Una segunda cuestión a destacar es la actuación de la jueza interviniente. La magistrada se desempeñó con gran celeridad, y adoptó diferentes herramientas –reconocimiento judicial y audiencias– para supervisar el cumplimiento, incorporando interesantes cuestiones tales como la concepción de las audiencias como un espacio de diálogo o el requerimiento previo de justificar el cumplimiento de la sentencia en el marco de la audiencia. Asimismo, dispuso la imposición de astreintes en diversas ocasiones ante reiterados incumplimientos, aunque resultaron ineficaces por cuestiones formales.

Por último, resulta fundamental resaltar el rol de los Asesores Tutelares<sup>97</sup> durante toda la etapa de ejecución de sentencia, no sólo por promoverla en sede judicial a pesar de no haberseles dado intervención durante todo el proceso, sino también por realizar diversos tipos de acciones para realizar un control más adecuado en lo relativo a su cumplimiento, tales como requerir la realización de audiencias, denunciar de manera constante el incumplimiento de la sentencia y de otras órdenes judiciales, exigir la imposición de astreintes, realizar visitas al Centro Grierson y constatar el grado de avance de las obras, etcétera.

---

96 Entrevista con Nicolás Tauber, abogado patrocinante, noviembre de 2011.

97 En un primer momento Gustavo Moreno y luego Mabel López Oliva.

#### **4. ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA**

##### **4.1. LA CONDUCTA DE LOS ACTORES Y LA COMBINACIÓN DE ESTRATEGIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS**

Cabe destacar que los actores participaron activamente durante todo el proceso. Es interesante la lectura que hicieron luego del dictado de la ley 1769. Comprendieron que como no podían exigir su cumplimiento prontamente porque establecía un plazo de 12 meses para el comienzo de las obras del hospital, debían poner todos sus esfuerzos en la exigibilidad política de su cumplimiento. Al mismo tiempo, la sentencia de la Cámara que entendía derogada la Ordenanza 41.795 –que disponía la construcción de un hospital de 250 camas– los llevó a emprender una negociación política para definir las características del hospital que debía construirse. De acuerdo con el abogado patrocinante, ello “puso en tela de juicio la estrategia de judicializar los conflictos siempre, aunque el balance es que fue muy positiva la judicialización en el caso concreto”<sup>98</sup>.

Las estrategias políticas desarrolladas –reuniones con el Ministro de Salud– llevaron a la aprobación de un plan médico y la consiguiente construcción de la primera etapa del hospital. Luego, por medio de la presión social –denuncias públicas– consiguieron que el Centro fuera equipado. A su vez, por la vía judicial se logró visibilizar la falta de designaciones del personal médico y los obstáculos para un acceso seguro a las instalaciones del hospital.

Si bien la ejecución de la sentencia en la vía judicial fue promovida por el Asesor Tutelar, los actores reconocieron que debían adherirse a su petición, en virtud de su mayor experiencia en la ejecución de procesos colectivos y de que se trataba de un actor institucional<sup>99</sup>. Este reconocimiento fue importante, porque permitió el desarrollo de una mejor estrategia jurídica, y al mismo tiempo fue acompañado de la experiencia y el conocimiento que habían adquirido los vecinos a través de la vía política. En ese sentido, los demandantes añadieron que a partir de un acto administrativo posterior a la sentencia el Ministro de Salud había aprobado un Plan Médico por medio del cual resolvió construir un hospital de mediana complejidad de 250 a 300 camas de internación. Esta estrategia se sumaba a la del Asesor Tutelar, que había denunciado el incumplimiento de la ley 1769.

---

98 Entrevista con Nicolás Tauber, abogado patrocinante, noviembre de 2011.

99 Ibidem.

La parte actora denunció en reiteradas oportunidades el incumplimiento de la sentencia, así como de la resolución que ordenaba al GCBA acompañar un plan de obras para la segunda y la tercera etapa en la construcción del hospital. A su vez, solicitó que también se hiciera responsable del incumplimiento de la sentencia al Jefe de Gobierno, imponiéndosele sanciones conminatorias, pedido que fue acogido favorablemente por la jueza, pero que luego fue revocado por cuestiones formales. Por otra parte, es interesante el argumento de progresividad que utilizó para sostener que el decreto 849 incumplía la ley 1769: alegó que el Plan Médico de 2006, que había comenzado a ejecutarse mediante la construcción de la primera etapa, preveía la construcción de un Hospital General de Agudos con una capacidad de 250 camas de internación. Por ello, la construcción de un Centro de Alta Resolución sin camas de internación ni operaciones de algún grado de complejidad –según decreto 849/10– implicaba un evidente retroceso en el goce del derecho a la salud de los vecinos de Lugano.

Para el momento en el que se exigió la ejecución judicial de la sentencia, la movilización y la presión política de los vecinos habían disminuido notoriamente. Probablemente, esto obedece a que los vecinos consideraban más apropiada la exigibilidad judicial luego de los fracasos en el ámbito político, aunque tal vez la ejecución en la vía judicial hubiese sido más efectiva si hubiese estado acompañada de una importante movilización social y de acciones de incidencia política. Sin perjuicio de ello, la ejecución judicial se convirtió en una herramienta de presión para el cumplimiento de la sentencia. A modo de ejemplo, mientras que en la primera audiencia los representantes del GCBA manifestaron que el hospital se encontraba terminado, ante diversas denuncias de incumplimiento efectuadas por la parte actora y Asesores Tutelares y consecuentes mandas judiciales intimando a su cumplimiento, el GCBA presentó un plan para construir un centro de alta resolución (el que, de todos modos, incumple la sentencia a consideración de la parte actora y de los Asesores Tutelares).

#### **4.2. LA ACTUACIÓN DE LA JUEZA Y LAS HERRAMIENTAS UTILIZADAS EN LA EJECUCIÓN**

La actitud de la jueza a lo largo del proceso ha influido de manera relevante en su resultado. Como primera medida, cabe resaltar la celeridad con la que dictó la sentencia –tres meses desde la presentación de la demanda–. Como es sabido, si bien el amparo está concebido como un remedio judicial expedito, en la práctica ello no suele ser así. Sin embargo, este caso fue una excepción: los

argumentos de los actores eran tan sólidos –incluso el GCBA no negó tener la obligación de construir un hospital sino que controversió las características que debía tener– y el incumplimiento tan manifiesto que no había motivos para dilatar el dictado de la decisión judicial. Probablemente la rapidez con la que se dictó la sentencia también obedezca al pedido concreto del objeto de la demanda –ordenar el cumplimiento de una obligación específica contenida en una ley–. En este sentido, no se trataba de una pretensión maximalista. Además, como ya fue mencionado, el contexto político –la inestabilidad en el gobierno de Ibarra como consecuencia de la tragedia de Cromañón–, sumado a la participación de varios legisladores en el proceso como co-actores, allanó el camino para una pronta decisión judicial que sería celebrada en varios sectores. Cabe resaltar la celeridad de la jueza en el contexto: los vecinos de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo venían luchando por un hospital en el barrio durante más de 18 años, sin lograr ningún tipo de respuesta política a pesar de todas las acciones desplegadas. En sólo tres meses, obtuvieron un remedio por la vía judicial: una sentencia que ordenaba al GCBA cumplir con su obligación legar de construir el hospital.

Por otra parte, la sentencia de la jueza resultó interesante en otro aspecto: ordenó al Poder Ejecutivo incluir partidas presupuestarias para la construcción del hospital<sup>100</sup>. De este modo, es importante su consideración relativa a que la satisfacción del derecho a la salud, en algunos casos, requiere necesariamente de una dimensión presupuestaria, y que ello no excede el campo de actuación de los jueces ni vulnera el principio de división de poderes<sup>101</sup>. Ello fue ratificado, como vimos, cuando la jueza impuso una sanción pecuniaria al Ministro de Salud por no acreditar la inclusión de las partidas presupuestarias necesarias para efectivizar la totalidad de la construcción del hospital en el proyecto de presupuesto 2011.

Al mismo tiempo, es destacable el accionar de la jueza durante la etapa de ejecución de la sentencia. Cabe recordar que durante varios años la ejecución fue trasladada al ámbito extrajudicial por decisión de los propios actores. Sin embargo, al solicitar el Asesor Tutelar la ejecución judicial, la magistrada tam-

---

100 La jueza ponderó: “las omisiones en las que viene incurriendo, sin solución de continuidad, el Poder Ejecutivo, durante casi veinte años, en relación a la construcción de un edificio, sede del hospital de Lugano, deberán ser subsanadas en lo inmediato por aquellas acciones concretas y eficaces tendientes a prever los fondos públicos a ser afectados para la obra, con más los planos de obra, los pliegos, el llamado a licitación pública y el contrato respectivo a que dé lugar el procedimiento de contratación”.

101 Para más información sobre el presupuesto como una herramienta para la efectividad de los derechos sociales, ver el documento específico sobre esta materia incluido en la primera parte de esta publicación.

bién actuó rápidamente, utilizando dos de los mecanismos que tienden a facilitar la supervisión de una sentencia colectiva: el reconocimiento judicial y las audiencias.

Es interesante el modo en el que la magistrada concibió el proceso de ejecución de la sentencia: lo pensó como un espacio en el que debían participar todas las personas interesadas en la construcción del hospital en Lugano. Así, por ejemplo, fueron convocados al reconocimiento judicial<sup>102</sup> y a la primera<sup>103</sup>, segunda y tercera<sup>104</sup> audiencia todos aquellos miembros de la Comisión de Salud de la Legislatura que desearan concurrir. Si bien la jueza notificó al Ministro de Salud y al Ministro de Hacienda para que concurrieran personalmente al reconocimiento y a las audiencias, ello no sucedió y comparecieron funcionarios de menor jerarquía<sup>105</sup>. Ello dificultó, a consideración del juzgado, que las partes llegaran a acuerdos en el marco de las audiencias, en tanto se trataba de funcionarios sin poder de resolución<sup>106</sup>.

---

102 También fueron notificados de la realización del reconocimiento: la actora, el GCBA, el Ministro de Salud, la Procuración General de la Ciudad, el Ministro de Hacienda, la Corporación Buenos Aires Sur, la Legislatura de la Ciudad, el Presidente de la Comisión de Salud de la Legislatura y el Asesor Tutelar.

103 También fueron notificados de la audiencia: el GCBA, el Ministro de Salud, la Procuración General de la Ciudad, el Ministro de Hacienda, la Corporación Buenos Aires Sur, la Legislatura de la Ciudad, el Presidente de la Comisión de Salud de la Legislatura. Asimismo, citó a la actora y al Asesor Tutelar.

104 También fueron notificados de la segunda y tercera audiencia: la parte actora, el GCBA, el Ministro de Salud, la Procuración General de la Ciudad, el Ministro de Hacienda, el Subsecretario de Administración del Sistema de Salud de la Ciudad, la Corporación Buenos Aires Sur, la Legislatura de la Ciudad, el Presidente de la Comisión de Salud de la Legislatura, y el Asesor Tutelar.

105 Comparecieron al reconocimiento del 30/6/2010: el Asesor Tutelar; varios representantes de la parte actora y sus letrados patrocinantes; integrantes de la Procuración General de la Ciudad; el Subsecretario de Administración del Sistema de Salud y el Director General de la Región Sanitaria II en su carácter de autorizados por el Ministro de Salud; el Jefe de Gabinete de Asesores del Ministerio de Hacienda; integrantes de la Corporación Buenos Aires Sur; el asesor del diputado Fernando de Andreis; la diputada María José Lubertino; el asesor del diputado Fernando Sánchez; el diputado Rafael Gentili. Por otra parte, concurren a la audiencia del 10/8/2010: representantes de la parte actora y sus letrados patrocinantes; el Procurador Adjunto de la Ciudad; el Director General de Recursos Físicos en Salud y el Subsecretario de Administración del Sistema de Salud; la Directora General Técnica del Ministerio de Hacienda; integrantes de Corporación Buenos Sur y el Asesor Tutelar. Comparecieron a la audiencia del 5/10/2011: representantes de la parte actora y sus letrados patrocinantes; la Asesora Tutelar subrogante; integrantes de la Procuración General de la Ciudad; integrantes de la Corporación Buenos Aires Sur; representantes del Ministerio de Salud; representantes del Ministerio de Hacienda y miembros de la Comisión de Salud de la Legislatura. Por último, concurren a la audiencia del 30/8/2012: varios representantes de la parte actora y sus letrados patrocinantes; integrantes de la Procuración General de la Ciudad; integrantes de la Corporación Buenos Aires Sur; representantes del Ministerio de Salud; representantes del Ministerio de Hacienda; apoderada de la Legislatura de la Ciudad; la Asesora Tutelar subrogante; el diputado Jorge Selser y el diputado Alejandro Bordart, asesores de algunos diputados, comuneros y una vecina.

106 Entrevista con Germán Rodríguez Gauna, Secretario a cargo de la Secretaría Nº 8, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Nº 4, noviembre de 2011.

Respecto del reconocimiento judicial, la parte actora y el Asesor Tutelar celebraron la decisión de la jueza de acudir al Centro de Salud para constatar la situación. Por ejemplo, el Asesor Tutelar interviniente en la primera etapa de la ejecución señaló que el reconocimiento judicial en el Centro Grierson le permitió a la jueza acercarse a los pacientes y a los médicos y observar cuáles eran sus necesidades<sup>107</sup>. Al mismo tiempo, la presencia de la jueza en el Centro le permitió advertir los obstáculos para acceder de modo seguro al Centro —el Premetro pasaba por la puerta sin ningún tipo de advertencia a los peatones y automotores—, cuestión que no había sido introducida en la causa ni por la parte actora ni por el Asesor Tutelar a pesar de su relevancia. En virtud de ello, intimó al GCBA a removerlos<sup>108</sup>. En conclusión, el reconocimiento agilizó el proceso de ejecución, en tanto facilitó la inmediata comprobación del incumplimiento de la sentencia, que llevó a la jueza a dictar una resolución intimando al GCBA a acompañar el plan de obras para la construcción de la segunda y la tercera etapa del hospital.

Asimismo, otra buena decisión de la jueza fue la de celebrar una audiencia inmediatamente después del reconocimiento realizado en el hospital. Ello fue entendido por el tribunal como un modo de respetar a los vecinos a raíz de las dificultades para acercarse hasta el tribunal<sup>109</sup>.

Las audiencias jugaron un papel clave en la etapa de ejecución de la sentencia, en tanto se ungieron como mecanismos inmediatos de denuncia de su incumplimiento. Es importante señalar que la jueza requirió a los funcionarios estatales que acudieran a las audiencias con la documental relativa a las obras y equipamiento faltante en el Centro y cualquier otra información que pudiera eventualmente acreditar su cumplimiento. Ello por un lado agilizó el proceso, evitando el dispendio innecesario de documentación para traslado y contestación de traslado. Pero más importante aun, permitió advertir rápidamente la inexistencia de documentación que respaldara las manifestaciones respecto

---

107 Entrevista con Gustavo Moreno, ex Asesor Tutelar Nº 1 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, noviembre de 2011.

108 En este sentido, la jueza solicitó al Subsecretario de Administración del Sistema de Salud que informe el estado de avance en la implementación del acceso seguro a las instalaciones del hospital por parte de los usuarios. Ante la falta de respuestas, la jueza dirigió un oficio al Jefe de Gobierno en el que puso en conocimiento la situación de grave riesgo para la vida e integridad física de las personas que acuden al Centro de Salud, a los fines de que pueda intervenir para solucionar la situación mediante la concreción de obras que posibiliten un acceso seguro al Centro, atento la falta de medidas eficaces para solucionarlo.

109 Entrevista con Germán Rodríguez Gauna, Secretario a cargo de la Secretaría Nº 8, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Nº 4, noviembre de 2011.

del cumplimiento de la sentencia. Además, las audiencias facilitaron el diálogo entre las partes, atento al clima amigable generado por la jueza.

Con respecto a las astreintes, la jueza las aplicó en reiteradas ocasiones para que la demandada diera cumplimiento tanto a la sentencia como a órdenes dictadas para garantizar su cumplimiento. Ante cada denuncia de incumplimiento y solicitud de aplicación de astreintes por parte del Asesor Tutelar, la jueza impuso multas al Ministro de Salud y al Jefe de Gobierno —esta última a pedido de la parte actora—. Sin embargo, no fueron ejecutadas, dado que fueron revocadas por la Cámara por falta de notificación personal.

#### 4.3. EL ROL DEL ASESOR TUTELAR EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

El Asesor Tutelar es un actor institucional cuyo rol suele ser muy relevante en procesos colectivos vinculados con derechos sociales, y ello quedó demostrado en el caso del Hospital Lugano. Si bien la jueza no le dio intervención durante el proceso, el Asesor promovió la ejecución de la sentencia en vía judicial en representación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se veían privados de contar con servicios especializados por el incumplimiento de la sentencia<sup>110</sup>.

Es destacable el rol del Asesor Tutelar —en primer lugar Gustavo Moreno y luego Mabel López Oliva— durante la etapa de ejecución de la sentencia. De modo permanente controló el cumplimiento de la sentencia y de las mandas judiciales dictadas con posterioridad. Ello se debe a que según el ex Asesor Tutelar N° 1, “el rol del Asesor Tutelar debe ser muy activo cuando se trata de procesos colectivos, no sólo en la etapa de ejecución sino durante todo el proceso”<sup>111</sup>.

Cabe resaltar que el Asesor Tutelar siempre centró la discusión en torno al incumplimiento de la ley 1769 y de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones. De este modo, en la etapa de ejecución de la sentencia el Asesor llevó el

---

110 Invocó la siguiente doctrina: “La ejecución de la sentencia en un caso colectivo (...) se puede observar que no sería extraño ni heterodoxo que luego que la sentencia condenatoria quedara ejecutable —con cosa juzgada de alcance extendido al grupo afectado y defendido— se presentaran las personas cuyos derechos han sido litigados a exigir su cumplimiento en relación con lo que a ellos les corresponda para remediar la afectación, o que otros *legitimados institucionales o individuales se presenten a fin de exigir el cumplimiento en toda dimensión colectiva del remedio*” (Maurino, G., Nino, E. (y otro) (2006): *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, LexisNexis, p. 285; el resaltado no obra en el original).

111 Entrevista con Gustavo Moreno, ex Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 1 en lo Contencioso Administrativo y Tributario (actualmente Asesor ante la Cámara de Apelaciones), noviembre de 2011.

debate hacia la cantidad de plazas que debería tener el hospital, y no hacia la necesidad de construir un “hospital”, cuestión que consideraba no controvertida.

En el marco de las audiencias celebradas, solicitó explicaciones respecto del cumplimiento de la sentencia y manifestó que se encontraba vencido el plazo fijado por la jueza para cumplir con la manda judicial que le ordenaba acompañar un plan de obras de la segunda y la tercera etapa del hospital. Cabe señalar que la resolución que ordenaba acompañar el plan fue dictada en virtud de la promoción de la ejecución de la sentencia por parte del Asesor Tutelar, y siguió las especificaciones solicitadas por él respecto de las cuestiones que debía detallar el plan<sup>112</sup>.

El Asesor Tutelar también ratificó estas denuncias de incumplimiento en posteriores presentaciones, siempre solicitando a la magistrada que hiciera efectivos los apercibimientos de multas. A raíz de sus requerimientos, la jueza impuso multas de \$100 diarios al Ministro de Salud y al Jefe de Gobierno hasta tanto acreditaran haber tomado las decisiones tendientes a la construcción de las obras correspondientes a la segunda etapa del hospital, y una multa fija al Ministro de Salud por no acreditar la inclusión de las partidas necesarias para efectivizar la construcción del hospital en el proyecto de presupuesto del año 2011.

Fue importante la intervención del Asesor Tutelar, por un lado, porque le requirió a la jueza que hiciera un seguimiento estricto del cumplimiento de la sentencia. En ese sentido, solicitó la realización de audiencias. Por el otro, llevó a cabo su propia supervisión del cumplimiento: efectuó visitas al Centro Grierson a fin de constatar el grado de avance de las obras y acompañó la documentación relevante al expediente.

## 5. CONCLUSIONES

La judicialización de la problemática relativa a la omisión en la construcción de un hospital en Lugano tuvo un efecto positivo en la práctica: se construyó la primera etapa o módulo del hospital. Si bien sólo se finalizó un centro de salud a pesar de que la sentencia de la Cámara ordenara el cumplimiento de la ley 1769 –construcción de un hospital–, es importante destacar el resultado ob-

---

112 El plan debía especificar: a) las obras a realizarse, b) el proyecto técnico previsto, c) el proyecto médico previsto, d) la forma de contratación, e) el cronograma expreso de trabajos según el tiempo que se estimara necesario para la ejecución de las obras, f) la fecha de iniciación y el plazo de finalización de la ejecución de las obras y g) informe de las partidas presupuestarias asignadas para el año 2010 destinadas a la ejecución de la segunda y tercera etapa.

tenido en comparación con los pocos logros de las acciones de incidencia política llevadas a cabo durante casi dos décadas con anterioridad a la interposición del amparo. En este sentido, el proceso ilustra las dificultades que existen para ejecutar decisiones judiciales colectivas. Al mismo tiempo, la ejecución en sede judicial se ha ungido como una herramienta para presionar el cumplimiento de la sentencia, cuya importancia resulta aun mayor ante la desmovilización de los vecinos.

La experiencia en este caso pone en evidencia que se debe evaluar la necesidad de combinar estrategias jurídicas con acciones políticas y de presión social para tender a un efectivo cumplimiento de decisiones judiciales colectivas. También permite advertir que puede ser relevante continuar con las movilizaciones y presiones aun cuando se considere que la ejecución debe realizarse en sede judicial, ello a fin de lograr la satisfacción de los derechos sociales.

Al mismo tiempo, es indiscutible que en procesos en donde se encuentran involucrados derechos colectivos en general se requieren soluciones complejas. Por ello, es fundamental que los jueces interpreten que su actuación debe ser más activa que en procesos individuales y adopten medidas de control del cumplimiento de la sentencia de manera constante. En este sentido, puede ser de gran utilidad la celebración de audiencias y la realización de reconocimientos judiciales a fin de verificar los avances en el cumplimiento de las mandas judiciales.

Por otra parte, el desarrollo de mecanismos adecuados para ejecutar sentencias colectivas depende en gran medida del rol de los actores institucionales en el proceso. En algunos casos, actores como el Asesor Tutelar son los que solicitan la adopción de medidas de supervisión en la etapa de la ejecución, tales como la celebración de audiencias, la realización de reconocimientos judiciales o la imposición de sanciones conminatorias ante el incumplimiento de las órdenes judiciales.

**ANEXO: CRONOLOGÍA**

**1983:** vecinos de Lugano, Soldati y Villa Riachuelo comienzan a exigir la construcción de un Hospital en Lugano.

**1986:** se sanciona la Ordenanza 41.795, que dispone la construcción de un Hospital General de Agudos con capacidad para 250 camas en un lugar a determinar.

**1987:** la Ordenanza es promulgada mediante el Decreto Nº 301.

**1996:** 11.000 vecinos firman un petitorio por el hospital.

**2003:** se conforma en Movimiento Vecinal por un Hospital en Lugano, Soldati y Villa Riachuelo.

**2003:** se realiza la primera Audiencia Pública de Requisitoria Ciudadana Zonal, con el objeto de tratar la construcción de un hospital en Lugano.

**2003:** la Defensoría del Pueblo dicta la Resolución 5543/03, por medio de la cual exhorta al Jefe de Gobierno a ejecutar la Ordenanza.

**2004:** la Legislatura vota en forma unánime la Resolución Nº 100, que ordena al Jefe de Gobierno cumplir con la Ordenanza.

**2004-2005:** los vecinos realizan diversas movilizaciones sociales y acciones de incidencia política a fin de lograr el cumplimiento de la Ordenanza.

**Abril de 2005:** se presenta un amparo colectivo con el objeto de que se ordene al GCBA construir el Hospital General de Agudos en cumplimiento de la normativa.

**Junio de 2005:** el Movimiento por un Hospital en Lugano se une a la Coordinadora Multisectorial Sudoeste, también conformada por Vecinos Autoconvocados de Lugano I y II y Vecinos Autoconvocados de Villa 20.

**Julio de 2005:** la jueza dicta sentencia ordenando al GCBA dar cumplimiento a la Ordenanza 41.795.

**Agosto de 2005:** la Legislatura sanciona la Ley 1769, que dispone la construcción de un hospital en el barrio de Lugano y fija el perímetro de construcción.

**Octubre de 2005:** la Cámara de Apelaciones dicta sentencia, ordenando al GCBA dar cumplimiento a la Ley 1769.

**2006:** comienza el diálogo para el cumplimiento de la sentencia con la Comisión de Salud y la Comisión de Presupuesto, a fin de que se incluyan las partidas presupuestarias. Se realizan reuniones con el Ministro de Salud para elaborar un proyecto de hospital.

**Diciembre de 2006:** el Ministro de Salud aprueba un Plan Médico que tiene por objeto construir un Hospital General de Agudos en tres etapas. Se encomienda a Corporación Buenos Aires Sur la construcción.

**2007:** las elecciones retrasan las obras.

**2008:** comienzan las obras de construcción y se interrumpen a los pocos meses.

**2009:** los vecinos realizan movilizaciones y cortes y se reanudan las obras.

**Junio de 2009:** se inaugura un centro de salud –la primera etapa del hospital de Lugano–.

**2009-2010:** los vecinos denuncian públicamente la falta de equipamiento y personal del centro de salud. Realizan movilizaciones para la construcción de un hospital. La discusión para la finalización del hospital vuelve a la Legislatura y fracasa la vía parlamentaria.

**Abril de 2010:** se denomina al centro de salud “Dra. Cecilia Grierson”.

**Junio de 2010:** se promueve la ejecución en sede judicial.

**Julio de 2010:** la jueza dicta una resolución decretando el incumplimiento parcial de la sentencia y ordenando dar inicio al proceso de ejecución.

# CASO "IGLESIAS"

EXPTE. 15.909 "IGLESIAS, JOSÉ ANTONIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO"<sup>1</sup>

## 1. PRESENTACIÓN DEL CASO SELECCIONADO<sup>2</sup>

### 1.1. EL CASO

Es sencillo comprobar que, históricamente, los ciudadanos en peores condiciones socioeconómicas han sido postergados y perjudicados en la distribución de los bienes y recursos educativos de la Ciudad. Hoy, en las zonas más pobres faltan escuelas, las aulas se encuentran superpobladas, hay niños y niñas que son trasladados todos los días a escuelas en distritos escolares alejados y otros que no pueden asistir a clases porque no consiguen vacante. Esta situación es distinta en zonas de la ciudad más ricas, donde el espacio físico y la cantidad de docentes por alumnos superan los parámetros mínimos reglamentarios.

Esta desigualdad educativa estructural persiste a pesar de que nuestra Constitución garantiza un derecho fundamental a la educación y consagra el principio de igualdad de oportunidades y la no discriminación como reglas a las que deben ajustarse las políticas públicas<sup>3</sup>.

Desde los inicios de la institucionalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la situación de los establecimientos educativos fue crítica. De hecho, antes de la presentación del caso que tratamos en este artículo, numerosos me-

---

1 Documento elaborado por Federico Orlando en el marco del proyecto conjunto entre la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: "Desafíos en la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad". El proyecto se desarrolla bajo la coordinación de Romina Faerman, Gustavo Maurino y Luciana Bercovich, con la participación de Mariela Aisenstein, Dalile Antúnez, Damián Azrak, Mauro Chelillo, Federico Orlando, Martín Sigal y María de los Ángeles Trevisani Vespa.

2 Este documento se terminó de elaborar en el mes de diciembre de 2011 y fue actualizado en el mes de abril de 2013.

3 *La discriminación educativa en la Ciudad de Buenos Aires*, documento elaborado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia; disponible en <http://acij.org.ar/blog/2011/11/05/la-discriminacion-educativa-en-la-ciudad-de-buenos-aires/>.

dios periodísticos habían alertado sobre esta sensible situación en diversos programas televisivos y radiales<sup>4</sup>.

Igualmente preocupantes eran los diversos informes y reclamos emitidos por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, que alertaban a los poderes políticos sobre esta situación.

Esto, además, debe ser enmarcado en el momento particular de la Ciudad de Buenos Aires: meses atrás había sucedido la histórica y fatal tragedia en el local de baile “República Cromañón” donde murieron más de 190 jóvenes. Y no casualmente este caso fue iniciado por José Iglesias, padre de una de esas víctimas y, además, un personaje público en aquella coyuntura. Por lo que cabe destacar que el caso “Iglesias” estaba impregnado de un contenido político y social muy particular.

Por ello, es posible pensar que la respuesta dada desde los tribunales puede tener una fuerte defensa “institucionalista”: que la problemática de la seguridad –sea en locales de baile o en establecimientos educativos como en este caso– reciba una respuesta desde las instituciones democráticas de la Ciudad de Buenos Aires no sólo es plausible en términos de justicia, sino también lo es en términos de consecuencia. Pues la canalización de este tipo de conflictos a través de los mecanismos constitucionales puede hacer menguar la efervescencia social y el descontento popular con las instituciones, dotando a éstas de mayor legitimidad.

Por último, y también en esta línea, el mismo José Iglesias días antes del luctuoso suceso había presentado una acción de amparo con contenido similar al que aquí se analiza, acusando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA en adelante) de no ejercer en forma debida el poder de policía a su cargo, generando la situación de inseguridad que dio lugar a los hechos de “Cromañón”; acción que fue acumulada a la iniciada por la entonces legisladora Margarita Beatriz Baltroc<sup>5</sup>.

En este contexto, en el año 2005, se llevó a los tribunales porteños la específica discusión del estado de los establecimientos educativos tanto públicos como privados y de los deberes a cargo del GCBA, demandado en dicho proceso. De allí que lo que estaba en juego, particularmente, era el estándar exigible a éste en el punto.

---

4 Veremos, incluso, que esta situación en los medios de comunicación ha sido uno de los elementos “probatorios” utilizados por los actores.

5 Expediente “Baltroc, Beatriz Margarita y otros c/GCBA s/Amparo” (art. 14 CCABA) - Nº 14.956, tramitado ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Nº 12.

Así las cosas, el 18 de marzo de 2005, se presentaron ante los tribunales locales José Antonio Iglesias y Beatriz M. E. Campos en su carácter de habitantes de la Ciudad, quienes iniciaron una acción de amparo colectivo en la que solicitaron que se obligara al Gobierno de la Ciudad a cesar en su omisión de: a) ejercer debidamente el poder de policía que se encuentra a su cargo, permitiendo así la existencia de una situación de inseguridad, déficit habitacional, de infraestructura y servicios, en todas las escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y privadas, tanto en los niveles primarios y secundarios como en internados, institutos de enseñanza en general, guarderías y jardines de infantes; y b) arbitrar los medios previstos para garantizar la aplicación y el cumplimiento de la reglamentación vigente en materia de habilitación de establecimientos educativos y de prevención de catástrofes, conforme lo regulan el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires y sus leyes modificatorias, ordenanzas y Códigos de Habilitaciones de la Ciudad de Buenos Aires<sup>6</sup>.

Como medida cautelar, pidieron que se ordenara la realización de una inmediata y urgente inspección a todos los establecimientos educativos antes mencionados a fin de verificar su efectiva situación edilicia<sup>7</sup>. Además, solicitaron la designación de un grupo de expertos y "notables" a efectos de que se pronunciaran respecto de las medidas que hubiera de adoptar el GCBA en materia de seguridad. Por último, requirieron que se ordenara al GCBA presentar un cronograma donde constaran las futuras inspecciones sobre los establecimientos educativos que se llevarían adelante y un registro para recibir denuncias respecto del estado de éstos.

Posteriormente a ello, intervino el entonces Asesor Tutelar Nº 1 ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Dr. Gustavo Moreno, quien adhirió a la acción presentada y advirtió que el comportamiento del GCBA suponía, al menos *prima facie*, una omisión de carácter administrativo en el control, el mantenimiento y la mejora de los establecimientos escolares públicos. Además, el

6 Expediente "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/Amparo" (art. 14 CCABA) - Nº 15.909, tramitado ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Nº 11.

7 Solicitaron que estas inspecciones se centraran, particularmente, en "las condiciones de seguridad; higiene; infraestructura; condiciones edilicias; accesos a los establecimientos educativos; aulas y salas de estudio; interposición de desniveles; escaleras; rampas; ascensores; circulaciones, puertas y divisiones; trayectoria de los medios de salida; protección contra incendios; instalaciones eléctricas; instalaciones de gas; ventilación; instalaciones técnicas (calefacción); el cumplimiento de la prohibición de uso de vidrio común o armado en circulaciones, puertas o divisiones verticales; condiciones del solado; existencia de materiales ignífugos; servicio de salubridad; patios de los establecimientos; comedor y cocina; dormitorio en escuelas con internado; servicio de sanidad; y todo aquello que esté relacionado con el funcionamiento en condiciones óptimas de los mentados establecimientos educativos, así como también todas aquellas inspecciones se deberán realizar en un todo de acuerdo con la reglamentación vigente en la materia".

Asesor Tutelar manifestó su discrepancia respecto del alcance de la medida cautelar solicitada en lo que se refería al cierre de los establecimientos o la suspensión de las clases y la realización de inspecciones masivas<sup>8</sup>.

Por otro lado, requirió al Juez ordenar que el GCBA inspeccionara diversos establecimientos educativos en un plazo no mayor a treinta días<sup>9</sup>. Asimismo, pidió que el GCBA realizara un cronograma con las inspecciones y solicitó diversos informes a organismos dependientes del GCBA. Finalmente, solicitó la citación como tercero de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, que peticionó, cautelarmente, que se ordenara a la Secretaría de Educación asignar los recursos materiales y profesionales necesarios a fin de que en cada uno de los distritos escolares se procediera en forma urgente al relevamiento de las condiciones edilicias y de seguridad de los establecimientos educativos; y que se creara un registro de denuncias para recibir distintas denuncias sobre deficiencias en las condiciones edilicias, estado de conservación y condiciones de seguridad de los establecimientos educativos de gestión pública y privada<sup>10</sup>.

Más tarde, se presentó como tercero en el expediente la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ en adelante), cuya petición, sustancialmente, se refirió al tratamiento discriminatorio en la prestación directa de un servicio esencial del Estado para satisfacer un derecho fundamental de los niños como es el derecho a la educación, a saber, utilizar contenedores acondicionados como aulas y dependencias administrativas en escuelas públicas ubicadas en las cercanías de villas de emergencia y cuya población educativa pertenece primordialmente a sus habitantes.

Por su parte, la estrategia del GCBA en su primera contestación se basó en una negativa genérica de los hechos alegados por los actores. En este sentido, señaló que la demanda era formalmente inadmisibile y pretendió la citación como terceros de los titulares de todos los establecimientos de enseñanza privada. Además, entendió que los actores no habían aportado pruebas que permitieran advertir las omisiones indicadas, y que carecían de legitimación colectiva

---

8 P. 15 del dictamen del Asesor Tutelar. En este sentido, sostuvo que ese disenso subsistiría, al menos, "hasta tanto se encuentre debidamente demostrada la falta de seguridad de los establecimientos, en cada caso concreto. Asimismo, considero que ordenar inspecciones masivas en todos los establecimientos públicos y privados, puede suponer en este estadio procesal, dejar de priorizar irregularidades que ya han sido detectadas por los actores".

9 P. 17 del dictamen del Asesor Tutelar. En particular se refirió a los edificios que correspondan a los 25 (veinticinco) establecimientos escolares comprendidos en el Anexo del Decreto 2257/00; el edificio de Guardia Vieja 4266/70, donde funcionan las escuelas secundarias Normal n° 7, Comercial n° 8 y Comercial n° 25; la escuela técnica n° 36, escuela n° 12, escuela infantil n° 4 y escuela primaria n° 21.

10 Fs. 179/182 vta.

para accionar. Finalmente, sostuvieron que no existía una omisión ilegítima por parte del GCBA sobre la base de dos argumentos diferentes. El primero es que éste "se encuentra llevando a cabo un programa de obras y mantenimiento de la infraestructura escolar de manera permanente y continua"<sup>11</sup>. El segundo es que entendieron que el caso debía ser evaluado a la luz del principio de legalidad presupuestaria, según el cual "para llevar a cabo el programa de obras, se requiere como condición ineludible la asignación de la partida presupuestaria correspondiente y la aprobación del presupuesto por parte de la Legislatura"<sup>12</sup>.

En mayo del 2005, el juez interviniente, Dr. Fernando Juan Lima, rechazó las medidas cautelares solicitadas por considerar que la prueba aportada resultaba insuficiente<sup>13</sup>. Sin perjuicio de ello, aclaró que "si bien los elementos aportados no revisten entidad suficiente como para tener por demostrado –en términos generales– un peligro inminente en lo que hace a los derechos a la vida, a la seguridad y educación, *sí estarían afectados los derechos a la salud y a la información de los habitantes porteños*"<sup>14</sup>. De allí que dispuso que el Gobierno de la Ciudad debía confeccionar un Registro de denuncias a los efectos de que los habitantes pudieran realizar las presentaciones pertinentes sobre irregularidades edilicias y en materia de seguridad en los establecimientos educativos públicos y privados<sup>15</sup>.

Finalmente expresó que no existían elementos para ordenar la inspección de todos los establecimientos educativos, pero sí de algunos de ellos<sup>16</sup>. Para esos establecimientos, el tribunal ordenó que en un plazo de cinco días el GCBA presentara un cronograma donde constarían fecha, horario y escuela en la que se realizarían las inspecciones. Y que dentro de los 5 días de producida cada inspección, la demandada debería presentar un informe acerca del estado inte-

11 P. 27 del escrito del GCBA.

12 P. 28 del escrito del GCBA.

13 Resolución del 12/5/2005. En rigor, sostuvo que "en el actual estado del proceso no se ha probado, siquiera mínimamente, que estén en peligro la vida, la integridad, la seguridad y la educación en virtud de la situación que –se aduce– existiría en la totalidad del sistema educativo de nuestra ciudad"; y que "se encuentre en peligro la vida, la educación, la integridad y la salud de la población en general y de niños, niñas y adolescentes en particular en razón de la falta de aplicación y cumplimiento de los deberes constitucional y legalmente impuestos al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por el momento, no ha sido probado". Punto XIII de la resolución cautelar. El resaltado obra en el original.

14 Op. cit. El resaltado obra en el original.

15 Punto XV de la resolución.

16 Enumeró los siguientes establecimientos educativos: el edificio de Guardia Vieja 4266 donde funcionan las escuelas secundarias Normal nº 7, Comercial nº 8 y Comercial nº 25; la Escuela Infantil nº 4 del DE 11; la Escuela Primaria nº 21; la Escuela Técnica nº 36; la Escuela nº 12.

gral de los inmuebles examinados y publicarlo en la página web del GCBA<sup>17</sup>. Vale aclarar que, sin perjuicio de la delimitación impuesta en la decisión cautelar, el proceso continuaba por la totalidad de los establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires.

### **1.2. EL “TEMA”, EL “CONTEXTO” Y LA BREVE HISTORIA-NARRACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA EJECUCIÓN**

Posteriormente al dictado de la cautelar, el proceso comienza a girar en torno a, mayoritariamente, dos puntos: por un lado, los pedidos de los actores (en particular el Asesor Tutelar interviniente) de ampliar la medida cautelar a otros establecimientos educativos. Por el otro, comienza a discutirse el grado de cumplimiento de la manda cautelar por parte del GCBA.

Con relación al primer punto, pueden verse pedidos de ampliación de la cautelar sobre varios establecimientos educativos. En la mayoría de estos pedidos la postura del juez es, en un principio, denegatoria. La razón de ello es que el magistrado entendía que la información aportada por las partes no cumplía con el estándar probatorio exigido en la manda cautelar.

Ahora bien, a lo largo del desarrollo del proceso, el Asesor Tutelar comienza a presentar diversos informes emanados –algunos de ellos– de inspecciones oculares, que modifican la perspectiva del magistrado interviniente, quien avala la ampliación de la cautelar solicitada<sup>18</sup>.

Con respecto al segundo punto, el GCBA presentó el cronograma ordenado por el juez en la medida cautelar. A partir de ese momento, los actores se centraron en evidenciar la falta de cumplimiento de aquél, solicitando que se llevaran adelante las inspecciones referidas. Asimismo, se dio cumplimiento a la creación del Régimen de denuncias.

Lo relevante de las inspecciones que fueron llevándose adelante es que en todos los establecimientos visitados se encontraron irregularidades de diversos tipos. Asimismo, cabe recalcar que, según lo dicho por el Asesor interviniente, a septiembre de 2005 el GCBA seguía adeudando el cumplimiento de la manda cautelar.

Hacia mediados de septiembre del mismo año, el GCBA adjuntó un informe relativo al estado de cada uno de los establecimientos que figuraban en la

---

17 Punto 2 del resolutorio.

18 Por ejemplo, con relación a la Escuela nº 4. De hecho, si bien la medida cautelar incluyó originalmente 8 establecimientos escolares en 5 edificios, luego de sucesivas presentaciones, este número se amplió a 23 escuelas –todas ellas públicas–.

manda cautelar. La conclusión que de ello sacó el Asesor es que "de los informes producidos (...) por la propia autoridad administrativa, resultan irregularidades de infraestructura y de seguridad en todas las escuelas informadas"<sup>19</sup>. Sobre la base de ello, solicitó la ampliación de la medida cautelar; pedido al que el juez hizo lugar<sup>20</sup>.

Otro dato llamativo es que una de las inspecciones no se realizaba porque el GCBA argumentaba que el juez o el Asesor Tutelar no se presentaban a ella. Así, el magistrado dispuso que "para la realización de la pertinente inspección no resultaba necesaria la comparecencia del suscripto o del señor Asesor Tutelar. Ello así, por cuanto la obligación de informar la fecha de la realización de las inspecciones ordenadas lo fue a fin de que los nombrados concurrieran: '...según se estime necesario o conveniente' (ver fs. 229, pto. II, segundo párrafo)"<sup>21</sup>. Y realizó un llamado de atención a la Administración al sostener que "sorprende la actitud adoptada por los funcionarios Sergio Arenzon y Hernán Delpech que con su accionar han entorpecido el desarrollo de estos autos prolongando innecesariamente los plazos de su tramitación con el insostenible pretexto de que una inspección no podía realizarse porque el suscripto no se hallaba presente. Por lo expuesto, *póngase en conocimiento de esta situación a la Lic. Roxana Delia Perazza (Secretaria de la Secretaría de Educación), a fin de que adopte las medidas disciplinarias que estime pertinentes con respecto a los funcionarios mencionados, debiendo ser informada la decisión adoptada sobre el particular al suscripto*"<sup>22</sup>.

En julio de 2006, el juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenó al GCBA que en el término de treinta (30) días presentara los proyectos de obra actualizados (y, en su caso, su estado de avance, si se estuviesen ejecutando) a fin de subsanar las irregularidades expresamente señaladas en la sentencia respecto de varios establecimientos educativos<sup>23</sup>.

19 Dictamen de fecha 13/9/2005. El resaltado obra en el original.

20 Sentencia interlocutoria del 15/9/2005.

21 Proveído del 14/9/2005.

22 Op. cit. El resaltado me pertenece.

23 Sentencia del 10/7/2006. Los establecimientos alcanzados por esta primera decisión fueron: 1) Guardería que pertenece a OSPLAD, sita en Av. Santa Fe 4362; 2) Escuela Técnica Nº 1 "Otto Krause", DE 4º; 3) Escuela Normal Superior Nº 9, DE 1º; 4) Escuela Nº 17 "Raúl Luis Bernardelli", DE 8º; 5) Jardín de Infantes Nucleado "D" - Esc. Nº 14, DE 9º; 6) Escuela Nº 3 "Ángela M. de Caviglia", DE 11; 7) Escuela Nº 15, DE 12; 8) Escuela Técnica Nº 16, DE 17; 9) Escuela Nº 8, DE 19; 10) Escuela Nº 12, DE 19; 11) Jardín Maternal Copello, del Barrio Cardenal Copello; 12) Jardín Maternal ubicado en el Hospital Ricardo Gutiérrez; 13) Establecimiento privado de Educación Inicial "Raúl Gandini"; 14) Centro Primario Nº 52 "Deolinda Correa"; Instituto Superior "Joaquín V. González"; Comercial Nº 29 "Marina Mercante Argentina"; Instituto de la Sagrada Familia de Villa Lugano; Instituto Santa Rosa del barrio

Dispuso, además, que la finalización no podía suceder con posterioridad al inicio del ciclo lectivo 2007.

En la sentencia también destaca que es cierta la situación alegada por la ACIJ, en razón de que aun cuando no medie por parte de la Ciudad un ánimo discriminatorio, la discriminación existe en relación con el modo de dictado de clases para los alumnos que viven en las zonas llamadas “villas miseria”. Por ello, el juez ordenó al Gobierno el cese en el obrar ilegítimo de dictar clases en las llamadas “aulas modulares”, estableciendo como tope para la efectivización de tal medida el reinicio de las clases tras el receso invernal de 2006.

Contra esta decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación. La demandada cuestionó la sentencia alegando falta de legitimación activa, inadmisibilidad del amparo y que la sentencia se apartaba de la demanda, y criticó los plazos fijados para el cumplimiento de la resolución. Los actores, por su parte, apelaron la sentencia en tanto se limitaba sólo a inspeccionar algunos establecimientos y en razón de que no había dispuesto el cumplimiento de la normativa de habilitaciones ni establecido un sistema de inspecciones y controles periódicos, entre otras cuestiones.

La Sala II, con sentencia de fecha 20 de septiembre de 2006, rechazó los planteos de la demandada. Es interesante remarcar que dicho tribunal mencionó en la sentencia que la Asesoría de Primera Instancia, con su actividad, ha suplido la “orfandad” probatoria de las actuaciones.

Una vez firme la sentencia, se formaron diversos incidentes a partir del plan de obra presentado por el Gobierno. En estos incidentes, por el incumplimiento de la demandada, en noviembre de 2007 se dictaron resoluciones que dispusie-

---

de Caballito; Colegio San José de Dios; 15) Establecimiento Escolar de Enseñanza Media Nº 7 “María Claudia Falcone”; 16) Escuelas incluidas en el decreto Nº 2257/GCBA/2000 (algunas de ellas ya mencionadas; Escuela Nº 11 “Joaquín V. González”, DE 2º; IES “Alicia Moreau de Justo”, DE 1º; Escuela Nº 5 “Nicolás Rodríguez Peña”, DE 1º; Colegio Nº 3 “Mariano Moreno”, DE 2º; Escuela Postprimaria CFP “La Joya”, DE 2º; Escuela Nº 3 “Juan M. Gutiérrez”, DE 4º; Escuela Nº 2 “Instituto Félix Bernasconi”, DE 6º; IES Eccleston y JI Mitre, DE 9º; Colegio Nº 4 “Nicolás Avellaneda”, DE 9º; Escuela Nº 6 “Manuel Dorrego”, DE 10; Escuela Nº 1 “Casto Munita”, DE 10; Escuela Nº 24 “Padre Castañeda”, DE 12; Escuela Nº 10 “Antonio Zaccagnini”, DE 13; Escuela Técnica Nº 16 “España”, DE 17; Escuela Especial Nº 3 “M. D. Navallas de Tobar García”, DE 17; Escuela de Danzas Nº 2 “F. Arranz”, DE 18; Escuela Nº 8 “Dr. Luis F. Leloir”, DE 19; Escuela Nº 15 “Evaristo Carriego”, DE 19; Escuela Nº 9 “Héctor Panizza”, DE 21; Escuela Nº 15 “C.A. Veronelli”, DE 21 y Escuela Nº 3 “Cristóbal Colón”, DE 21); 17) Escuelas no mencionadas en el punto anterior y que, sin perjuicio de otra prueba agregada en autos con relación a algunas de ellas, la Defensoría del Pueblo resolvió recomendar a la demandada, por medio de diferentes resoluciones ofrecidas como prueba, que se dispusiesen los medios necesarios para reparar las falencias constructivas y de seguridad que ella indicaba (Escuela Nº 3 “Ángela de Cavigliá”, DE 11; Escuela Nº 15 “Cnel. Carlos Sourigues”, DE 12; Escuela Nº 12 “José Enrique Rodó”, DE 19 [ver Res. D.P. Nº 1891/05]; I.S.P. “Joaquín V. González”, DE 2º [ver Res. D.P. Nº 1742/05]; Escuela Nº 17 “Bernardelli”, DE 8º [ver Res. D.P. Nº 1466/02] y JIN D sin nombre, DE 9º [ver Res. D.P. Nº 1631/05]; entre muchas otras; 18) Establecimientos de gestión privada en general en que se han demostrado irregularidades que llevan a hacer lugar a la acción de amparo.

ron la aplicación de astreintes<sup>24</sup>. Luego de ello, en mayo de 2008, se dictó la resolución que efectivizó dicha aplicación<sup>25</sup>.

La demandada apeló la resolución<sup>26</sup> y la Cámara afirmó que el plazo para ejecutar el plan de obras propuesto por el Gobierno no podía superar el inicio del ciclo lectivo de 2007. Consideró que el incumplimiento, a fines de 2008, se encontraba objetivamente demostrado y que, más allá de que la demandada se hubiera mostrado diligente en el cumplimiento de las obligaciones en el proceso judicial, no podía soslayarse que el plazo otorgado para finalizar las obras se encontraba holgadamente vencido y no se habían dado argumentos convincentes para justificar la demora. Por estas razones, la Cámara confirmó las sentencias dictadas<sup>27</sup>.

Contra las sentencias de Cámara que confirmaron las sanciones impuestas, la demandada interpuso recursos de inconstitucionalidad<sup>28</sup>. A su vez, la Asesoría Tutelar contestó el traslado del recurso de inconstitucionalidad, solicitando su rechazo<sup>29</sup>. Los recursos de inconstitucionalidad fueron concedidos por la Cá-

---

24 Resolución del 20/11/2007. Dispuso: "Atento lo solicitado y el estado de la presente ejecución, intímese a la parte demandada para que, en el plazo de quince (15) días, acredite el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia dictada en los autos principales con fecha 10/7/2006, bajo apercibimiento de aplicar una sanción pecuniaria de CIENTO PESOS (\$100) por cada día de retardo."

25 Resolución del 9/5/2008. La sentencia dispuso: "hácese efectivo el apercibimiento dispuesto en la providencia de noviembre de 2007 y en consecuencia hágase saber al GCBA que el plazo de quince (15) días allí dispuesto, a los fines de que se cumpliera con lo ordenado en la sentencia dictada en la causa principal, venció el 24/04/08 (con. Notificación de fs. 180/180 vta.). Asimismo, hágase saber que dicha sanción seguirá devengándose hasta que se cumpla debidamente con lo allí dispuesto".

26 Alegó que las sentencias se habían apartado de las constancias de la causa, en tanto nunca se necesitó la aplicación de sanciones para el cumplimiento. Además, afirmó que las astreintes carecían de virtualidad, por haber sido notificadas con posterioridad al cumplimiento íntegro de la obligación impuesta por la sentencia y cuestionó el hecho de que hubieran sido solicitadas por el Asesor Tutelar. Finalmente, criticó la imposición retroactiva de las astreintes.

27 Sentencia interlocutoria del 12/12/2008.

28 Alegó vulneración del derecho a la igualdad, defensa en juicio y propiedad, el principio de legalidad y la desnaturalización de la acción de amparo, así como también que se trataba de una sentencia arbitraria. Planteó el caso constitucional en la violación a la defensa en juicio por no haber hecho lugar a la pretensión de la parte, el principio de legalidad por el desconocimiento de la normativa vigente, el derecho a la propiedad por condenar a cumplir una obligación que implica erogaciones de dinero, sin fundamento jurídico suficiente, así como también por implicar una vulneración al sistema republicano de gobierno y la división de poderes.

29 Planteó la inadmisibilidad del recurso, sosteniendo que se trataba de una resolución dictada como consecuencia de dos años de incumplimiento de la sentencia que se encontraba firme. Por ello, no se encontraba controvertida la interpretación, aplicación o validez de normas o actos contrarios a la Constitución, sino que se trataba de una cuestión de contenido eminentemente procesal, por lo que el recurso era inadmisibile. Subsidiariamente, el Asesor respondió los agravios de la demandada.

mara del fuero<sup>30</sup>, excepto en lo que se refiere a la invocación de la doctrina de arbitrariedad.

El 29 de diciembre de 2009, el Juez de trámite del Tribunal Superior de Justicia, Dr. José Casas, convocó a una audiencia para el 25 de febrero de 2010. La audiencia se celebró en el día pactado y continuó, tras un cuarto intermedio, el 4/3/2010, ocasión en la cual las partes arribaron a un acuerdo conciliatorio que fue homologado el 23/3/2010 por el Tribunal Superior de Justicia.

Aquí, vale la pena remarcar que la sentencia que decidía el fondo de la cuestión emanada por la Sala de la Cámara CAyT interviniente se encontraba firme, por lo que el expediente termina llegando a los estrados del Tribunal Superior por la cuestión de las astreintes.

El acuerdo fue celebrado entre el Ministerio de Educación y la Procuración General de la Ciudad por un lado, y la Asesoría General Tutelar y el Asesor Tutelar interviniente, Gustavo Moreno, por el otro.

El convenio consistió, esencialmente, en que el GCBA se obligaría a dar cumplimiento de las obras faltantes en varios establecimientos educativos con anterioridad al 1 de enero de 2011. Por otro lado, dicha parte se comprometió a desistir de los recursos de inconstitucionalidad contra las resoluciones recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia. La AGT, por su parte, solicitó la suspensión de la aplicación de sanciones pecuniarias en tanto la demandada diera cumplimiento al convenio. Además, se resolvió designar un interventor informante cuya misión sería informar periódicamente al juzgado acerca del cumplimiento de los plazos convenidos para la elaboración de los proyectos de obra, los procedimientos de contratación, y la ejecución de las obras comprometidas.

Es decir que, conforme venimos relatando, el primer paso en el proceso de ejecución fue el nombramiento del interventor informante. Este funcionario tiene el deber de concurrir a cada uno de los establecimientos a los fines de observar y controlar el cumplimiento de las obras que se expresaron en el acuerdo. La operatoria indica que el interventor informante concurre al establecimiento en cuestión, produce el informe detallado y luego lo remite a la Administración, cuya representación jurídica lo presenta en el expediente judicial. De esto se corre traslado a las partes, quienes suelen manifestar diversas observaciones con relación al grado de cumplimiento según lo informado por el interventor.

Así, en el marco del expediente, aparecen los informes periciales que se centran en los siguientes establecimientos educativos: la Escuela Nº 20 "Alicia Mo-

---

30 Resolución del 26/5/2009.

reau de Justo" y Escuela Nº 21 "Soldado de Malvinas"<sup>31</sup>; la Escuela Técnica Nº 36 "Almirante Brown"<sup>32</sup>; la Escuela Nº 11 "Antonio Bucich"<sup>33</sup>; la Escuela Nº 81 "Av. Carlos Pellegrini 1515"<sup>34</sup>; la Escuela Nº 7 "Juan de Garay"<sup>35</sup>; la Escuela Nº 34 "Ing. Enrique Hermitte"<sup>36</sup>; la Escuela Nº 6 "Fernando Fader"<sup>37</sup>; y Escuela Nº 22 "S/N"<sup>38</sup>.

## 2. HALLAZGOS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN

### 2.1. PRESENTACIÓN DE LOS HALLAZGOS

Es interesante remarcar varios puntos que han caracterizado el proceso judicial en análisis y que pueden ser presentados como "hallazgos" por su relación con la ejecución de la sentencia. Nótese que estos hallazgos no surgen sólo del proceso de ejecución de sentencia *en sí mismo*, sino también de la propia dinámica y desarrollo de todo el proceso judicial.

El primer punto a destacar está centrado en el objeto de la pretensión originaria, puesto que esto permite advertir la relación que existe entre la *forma* en que se presenta el pedido de las partes y la ejecución de una decisión judicial favorable a ella. En este sentido, un primer acercamiento nos permite observar que el pedido de los accionantes sufría de dos problemas fundamentales: la falta de precisión en lo que se requería y una notable ausencia probatoria para sostener aquello. Es decir, no se trató de un pedido concreto, específico y claro, como aconseja casi cualquier estrategia litigiosa; sino, muy por el contrario, fue un pedido que intentaba abarcar *toda* la problemática de *todos* los establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires, sin hacer distinciones y matices –por ejemplo, con relación a las obligaciones de la demandada según se tratase de establecimientos privados o públicos–. Y aún más, este pedido impreciso y amplísimo carecía de una actividad probatoria siquiera modesta y mínima para poder tener por acreditado –al menos *prima facie*– aquello.

Un segundo elemento destacable en este proceso, que se encuentra vinculado con el punto anterior y que, también, impacta en el proceso de ejecución de

31 Exp. 15.909/4.

32 Exp. 15.909/5.

33 Exp. 15.909/7.

34 Exp. 15.909/9.

35 Exp. 15.909/10.

36 Exp. 15.909/17.

37 Exp. 15.909/18.

38 Exp. 15.909/24.

la sentencia, es cómo llevaron adelante su actividad procesal los actores que se fueron incorporando al expediente, de modo tal de reconducir –y así especificar– el objeto de la pretensión. Nótese, al respecto, que un objeto maximalista fue luego reconducido por el Asesor Tutelar interviniente, la Defensoría del Pueblo, la ACIJ y el propio Magistrado. Además, hay que mencionar la importancia de la participación de numerosas voces en el proceso judicial, pues contra quienes pregonan por procesos cerrados en cuanto a sus participantes, parece que este caso es un buen ejemplo de cómo diferentes actores –incluso con diferentes pretensiones y objetivos– pueden coadyuvar a un proceso exitoso.

En tercer lugar, es interesante posar la mirada en la actuación del Magistrado, al menos en dos cuestiones: por un lado, cómo participó en esa reconducción del proceso a través de ir restringiendo las solicitudes de las partes; por el otro, cómo su restricción en los pedidos de los actores durante la ejecución del proceso impactó en su éxito.

En cuarto lugar, es destacable cómo las partes llegaron a una solución acerca del fondo de la cuestión a través de una instancia de diálogo y de negociación en el seno del Tribunal Superior de Justicia.

Finalmente, quisiéramos mencionar algunas cuestiones acerca del rol y la participación del interventor informante en el proceso de ejecución de dicho acuerdo.

### **3. ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN**

#### **3.1. LOS DEFECTOS INICIALES DEL OBJETO DE LA ACCIÓN IMPETRADA**

Hace varios años ya, el profesor y ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Genaro Carrió, advirtió que el derecho es creado y aplicado a diario por los tribunales bajo el ropaje del lenguaje natural<sup>39</sup>. Esto traslada al mundo del derecho los problemas e imprecisiones propios del lenguaje que usamos cotidianamente, entre ellos –por ejemplo– la vaguedad y la ambigüedad de los términos.

Relacionado con esto, uno de los puntos más consensuados entre los operadores jurídicos entrevistados para esta investigación fue la relación entre el modo en que los actores realizan sus pretensiones y las dificultades o facilidades de los jueces para ejecutarlas. Así, varios Magistrados remarcaron que al momento de resolver –ya sea favorablemente o no– una pretensión colectiva vinculada con derechos sociales, el modo en que ésta es presentada en el expe-

<sup>39</sup> Carrió, G. (1973) [2001]: *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpresión.

diente resulta fundamental. De lo que se sigue que en estos pedidos, a mayor amplitud, menor especificidad y, por tanto, menor claridad.

De esta manera, los problemas aparecen cuando las partes solicitan de los tribunales declaraciones que no se relacionan con una problemática específica, determinada y clara; sino que intentan abarcar todo un conjunto de inconvenientes que no necesariamente guardan una relación entre sí. Este "fenómeno" puede estar presente tanto en la pretensión inicial –como en el caso que comentamos–, como en las pretensiones particulares en el proceso de ejecución de la sentencia. En un supuesto y en otro, parece igualmente problemático a los fines del éxito del caso. Pero además, este defecto se torna lapidario –para el éxito de la acción– cuando es combinado, como en el caso, con una ausencia –casi total– de actividad probatoria tendiente a la demostración de aquello que se pretende.

Bajo esta idea, miremos nuevamente el planteo inicial de los actores, pues cae en el problema apuntado y, a la vez, no alega ningún derecho afectado –lo que torna todavía más problemática una pretensión amplísima–. En el punto a) del mismo, se acusó a la demandada de "no ejercer debidamente el poder de policía que se encuentra a su cargo, permitiendo así la existencia de una situación de inseguridad, déficit habitacional, de infraestructura y servicios, en todas las Escuelas dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y Privadas, tanto en los niveles Primarios, Secundarios, Internados; Institutos de Enseñanza en general; Guarderías; Jardines de Infantes". Varios puntos, entonces, para destacar: en primer lugar, el agravio principal se funda en una omisión del ejercicio del poder de policía que permitió la existencia de una situación de inseguridad, etc. Más allá de lo problemático de la noción de "poder de policía", lo que resulta ambiguo –y nunca aclarado en el resto de la acción– es la relación de causalidad entre esta omisión y la situación problemática aludida. Pero, además, nótese que se vincula ese poder de policía con *todo* el sistema educativo: público y privado. Y aquí parece necesario establecer distinciones con relación a los deberes y las obligaciones del poder de policía en materia de establecimientos educativos públicos de aquellos privados.

Por último, mencionaron que la conducta impugnada "en forma actual e inminente, lesiona y amenaza derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica, a la seguridad, a la educación, *de todos los habitantes de la Ciudad*". Nótese, entonces, que el modo en que es presentado el

supuesto universo de sujetos afectados también goza de una importante ambigüedad e indeterminación: ¿es posible pensar que el estado edilicio de los establecimientos educativos afecta a *todos* los habitantes de la Ciudad? Si así fuese el caso, ¿esta afectación se produce con *igual intensidad* en todos los habitantes?

Por su parte, no existe en toda la acción inicial el planteo de un solo derecho afectado por las conductas impugnadas como ilegales. En efecto, el único momento en que se mencionan los derechos afectados es en el párrafo del objeto recién citado; pero no existió ningún desarrollo conceptual de ellos, así como tampoco un vínculo entre éstos y la conducta impugnada.

Pero tampoco, y esto tal vez es más llamativo, existe una sola prueba que permita acreditar –siquiera *prima facie*– lo alegado como ilegal. En rigor, se ofreció como prueba informativa que el juzgado interviniente libre oficios a la Dirección del Área de Educación Primaria para expedirse acerca de la autenticidad de un Comunicado del GCBA<sup>40</sup>; al juzgado CAyT 12 para que remita dos expedientes *ad effectum videndi et probandi*<sup>41</sup>; y a diversos medios de comunicación<sup>42</sup> para que adjunten copias de programas donde se hicieron públicas denuncias de los padres de niños y niñas que asisten a diferentes escuelas de la Ciudad. Por último se agregó como “prueba instrumental” la copia de los documentos de identidad de los presentantes y el Comunicado del GCBA antes referido. Ésa es toda la prueba adjuntada en la presentación inicial<sup>43</sup>.

Por supuesto que cuando se trata de una flagrante violación a un derecho constitucional es posible sostener, por un lado, la procedencia de un objeto amplio; y, por el otro, que los requerimientos probatorios deben flexibilizarse en pos del principio *pro actione* y el acceso a la justicia. Sin embargo, y al menos en términos instrumentales, parece poco recomendable presentar una acción con pretensiones de impacto estructural en las políticas públicas de la Ciudad con un lenguaje excesivamente amplio –a tal punto que pasa a ser un proble-

---

40 Este escrito es un comunicado remitido por la Dirección del Área de Educación Primaria a las diferentes escuelas con el objetivo de que sus respectivas autoridades focalicen su mirada sobre “ciertos espacios y elementos a observar para el buen funcionamiento del edificio escolar y de quienes cohabitan, aclarando que no es excluyente, puede ampliarse o modificarse, según las necesidades de cada establecimiento” (f. 24).

41 Me refiero a los expedientes “Baltroc, Beatriz Margarita y otros c/GCBA s/amparo” (exp. 14956/0) e “Iglesias José Antonio c/GCBA s/medida cautelar” (exp. 15210/1).

42 Al programa “El juego limpio” del canal “Todo noticias”, al programa “El exprimidor” de Radio “FM 103.1 – Ideas del Sur” y a “Desayuno Continental” de “Radio Continental”.

43 Fs. 20 vta./21.

ma de indeterminación— por un lado; y sin una fuerte actividad probatoria previa por el otro.

En conclusión, parece un elemento fundamental que hace al éxito de la pretensión, y luego de la ejecución, el deber de plantear un caso en términos específicos, fragmentando con claridad la conducta que se impugna, el universo de afectados y los fundamentos normativos del planteo. Y, además, producir una actividad probatoria lo más concluyente y completa posible. Esto coadyuvará a que el Magistrado pueda advertir con claridad la configuración del caso que se le está llevando ante sus estrados. Por otro lado, esta "regla" de que los pedidos sean claros y restringidos se proyecta al proceso de ejecución de sentencia. Así, parecería que peticiones del tipo "controle la política pública diseñada" pueden hacer peligrar la ejecución de la decisión de fondo. Recordemos, por su caso, que bajo el principio dispositivo que estructura nuestro proceso judicial, el juez interviniente actúa ante pedidos de las partes, y si el pedido no es claro, el modo en que actuará el juez encuentra, así, un primer obstáculo.

### 3.2. LA ACTUACIÓN DE LAS PARTES

Otro elemento interesante de este expediente está marcado por la intensa actividad procesal de los actores. Nótese, por ejemplo, que los actores principales —aquellos que presentaron la acción— no tuvieron un papel relevante durante el proceso como así tampoco durante la ejecución de la sentencia de fondo. En cambio, quienes sí tuvieron un rol fundamental fueron el Asesor Tutelar interviniente, Dr. Gustavo Moreno —luego la Dra. Mabel López Oliva<sup>44</sup>—, la ACIJ y la Defensoría del Pueblo. Es posible advertir, también, que parte de la importancia de estos actores está relacionada con el carácter maximalista de la pretensión originaria que detallamos en los párrafos precedentes.

Pero además, y éste es el punto relevante, los actores que se fueron incorporando en el expediente fueron reconduciendo la acción de un modo estratégico. Esta reconducción se caracterizó, mayoritariamente, por dos elementos: por un lado, ir restringiendo los pedidos, presentándolos de modo claro y específico. Por

---

44 En el año 2010 y mediante el respectivo concurso de oposición y antecedentes, el Dr. Gustavo Moreno resultó designado Asesor Tutelar del fuero ante la Cámara de Apelaciones. A su vez, por resolución 150/10 la Dra. Mabel López Oliva fue designada para ocupar interinamente la titularidad de la Asesoría Tutelar ante el fuero CAyT nº 1, mientras se encontraba en trámite el concurso respectivo para ocupar dicha función (concurso 38/09). Al quedar en el primer lugar de dicho concurso, obtuvo la conformidad de la Legislatura para su designación y accedió al cargo mediante resolución 31/13.

el otro, estos actores, y en particular el Asesor Tutelar, fueron adjuntando elementos probatorios intentando modificar las posturas iniciales del magistrado.

Nótese, por ejemplo, que en la primera presentación formal del Asesor, éste especificó el objeto del proceso advirtiendo que el comportamiento del GCBA suponía, al menos *prima facie*, una omisión ilegal. Pero, además, el Asesor discrepó con los accionantes respecto del alcance de la medida cautelar solicitada en lo que se refiere al cierre de los establecimientos o suspensión de las clases y la realización de inspecciones masivas, tal como ya se ha mencionado en este trabajo.

Otro ejemplo interesante es cómo el Asesor Tutelar modificó el parecer del propio Magistrado en relación con la medida cautelar dictada por éste. Como lo detallamos previamente, el juez mantenía un criterio restrictivo con relación a los límites de la cautelar dictada y los establecimientos educativos alcanzados. Sin embargo, el Asesor Tutelar comienza a presentar diversos informes emanados –algunos de ellos– de inspecciones oculares, que modifican la perspectiva del magistrado interviniente, quien termina avalando la ampliación de la cautelar solicitada. Es llamativo que la estrategia del Asesor, ante los primeros rechazos de los pedidos de ampliación, no consistía en apelarlos, sino en recabar mayores elementos de prueba y presentarse posteriormente. Esta estrategia tuvo efectos positivos al lograr modificar la tesitura judicial al respecto, pues recordemos que, a medida que el tiempo pasaba y el GCBA no daba un cumplimiento integral a la manda cautelar, el juez parecía más permeable a los pedidos de ampliación de ésta y a la necesidad de imponer límites a la desidia de la Administración<sup>45</sup>.

Igualmente relevante ha sido la intervención de la ACIJ, pero esta vez no por “aclarar” y restringir el objeto del proceso, sino, justamente, por lo contrario: por la incorporación en el expediente de una nueva discusión; el tratamiento discriminatorio en la prestación directa de un servicio esencial del Estado para satisfacer un derecho fundamental de los niños, como es el derecho a la educación –utilizar contenedores acondicionados como aulas y dependencias admi-

---

45 En efecto, en la resolución del 27/9/2005 el juez dispuso que “toda vez que la parte demandada no cumplió estrictamente con lo dispuesto a fs. 229, punto II –en cuanto a que las Secretarías de Educación y Seguridad– a través de las direcciones competentes, debían inspeccionar las diferentes escuelas en cuestión, debiendo con posterioridad presentar al tribunal un informe acerca del estado integral de los inmuebles examinados, así como copias de todas las actuaciones que se hubieran labrado con motivo de las inspecciones–, intímese nuevamente al GCBA para que, en el término de 5 días, cumpla en debida forma con la resolución obrante a fs. 221/229, y haciendo efectivo el apercibimiento dispuesto a fs. 1004 (...) hágasele saber que por cada día de retraso se le aplicará una multa de PESOS DOSCIENTOS (\$200)”.

nistrativas en escuelas públicas ubicadas en las cercanías de villas de emergencia y cuya población educativa pertenece primordialmente a sus habitantes—.

Un punto esencial que se ha marcado como un obstáculo y que está vinculado con el aporte de la ACIJ es el lenguaje en que se manejaba, en este caso, la Administración y, particularmente el Ministerio de Educación. En este sentido, el Ministerio de Educación era reacio a ver el planteo general y el particular —de la ACIJ— como un reclamo de derechos; pues en todo caso parecía sostener que lo que estaba en discusión era la ejecución de una política pública presuponiendo que ésta poco tiene que ver con la garantía de un derecho fundamental como la educación. De allí que la incorporación de la cuestión de la discriminación, de algún modo, robusteció la discusión sustantiva.

De esta forma, un primer punto destacable de esta intervención es, justamente, ampliar la materia del pleito y no restringirlo a las condiciones edilicias de los establecimientos, para poner en discusión, también, posibles prácticas discriminatorias, sin afectar el derecho de defensa del demandado. Nótese entonces cómo es posible que un planteo colectivo, y aun con un juez —razonablemente— preocupado por mantener el objeto del proceso restringido, es ampliado y extendido hacia otras problemáticas directamente vinculadas con la originaria<sup>46</sup>.

Esta ventaja, por otro lado, es consecuencia de otro dato igualmente interesante: la participación de varias voces en el proceso judicial. Nótese, en efecto, que tanto la reconducción del objeto —maximalista en sus inicios— como la incorporación de la afectación al principio de igualdad y no discriminación no fueron sino una consecuencia directa de la participación de varios actores en un caso colectivo.

Y otra ventaja obtenida de la amplia participación fue el control continuo y ajustado que las partes realizaban sobre el grado de cumplimiento de la sentencia cautelar primero, y de la de fondo después. Así, la coordinación entre los actores permitió un mayor *accountability* sobre la Administración.

---

46 En efecto, en la sentencia de fondo del 10/7/2006, el juez de primera instancia sostuvo que "la situación expuesta tiene que ver —como se dijo— no sólo con la configuración de las circunstancias que hacen a la pretensión articulada por los demandantes originarios, sino que en el caso se verifica una situación de discriminación a la que atinadamente refiere la ACIJ en su ilustrada presentación. Al respecto, la demandada parece aducir que el dictado de clases en las condiciones antes aludidas en escuelas cercanas a 'villas miseria' no constituye una discriminación en relación con quienes en ellas moran, sino, muy por el contrario, sería demostrativo de una intención de dictar clases especialmente para tal universo de personas, aun frente a la inexistencia en la actualidad de infraestructura a tales efectos. Pues bien: no dudo de que no existe por parte de la Ciudad un ánimo discriminatorio; pero la discriminación existe (...). Y, en ese sentido, considero que se encuentra probado en autos que el dictado de clases en las condiciones indicadas vulnera lo dispuesto en los artículos 11, 20 y 23 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (entre otras normas concordantes)".

De allí que es posible advertir que la existencia de varias voces en un proceso judicial complejo no sólo no “traba” o atenta contra la economía procesal del mismo, sino que redundando en importantes beneficios.

### 3.3. EL ACCIONAR DEL JUEZ INTERVINIENTE

Es muy conocida la discusión en torno a la noción de “activismo judicial”, sus límites, sus alcances, etc. Entendemos que el caso “Iglesias” es una interesante muestra de un activismo judicial respetuoso, por un lado, de los compromisos constitucionales con los derechos; y, por el otro, con una mirada realista acerca de la problemática analizada y comprometida con la mejor manera de construir respuestas posibles y plausibles.

Así, si la participación y el desempeño de los actores fueron sustanciales para el éxito de la acción, igualmente relevante fue la actuación del juez interviniente. Sobre todo, por tres razones diferentes: por un criterio amplio en la aceptación de una acción que, como vimos, tenía serias deficiencias originarias; por su participación en la reconducción del objeto del proceso; y, finalmente, por mantener un criterio restrictivo con relación a los pedidos de ampliación de las pretensiones cautelares.

a) En primer lugar, entonces, el juez manejó, desde los inicios del proceso, un criterio amplio y generoso con relación a la procedencia de la medida. Y esto aun a pesar de las deficiencias formales que tuvo la pretensión originaria; entre las cuales –como vimos– podía contarse un objeto amplísimo y escasa –si no nula– prueba a favor de la pretensión, etcétera.

Así, queremos llamar la atención acerca de las dificultades con las que el Juez interviniente se encontró al momento de recibir el caso. Sobre todo, si posamos nuestras miradas en estos elementos –primordiales para el pretendido éxito de este tipo de casos– como son el objeto requerido y la prueba acompañada para ello. Un punto que parece central para cualquier estrategia de litigio es la presentación de un caso que contemple un objeto preciso y detallado; que esté fundado en argumentos –prístinos– de derechos afectados y que esté apoyado en un marco probatorio suficiente y claro –si bien estrecho por tratarse de una acción de amparo–.

Cuestiones que el juez sorteó, no sin hacerse cargo de ello, con un criterio apoyado en el principio pro actione. En este sentido, sostuvo que “en el actual estado del proceso no se ha probado, siquiera mínimamente, que estén en peligro la vida, la integridad, la seguridad y la educación en virtud de la situa-

ción que –se aduce– existiría en la totalidad del sistema educativo de nuestra ciudad<sup>47</sup>; y que “se encuentre en peligro la vida, la educación, la integridad y la salud de la población en general y de niños, niñas y adolescentes en particular en razón de la falta de aplicación y cumplimiento de los deberes constitucional y legalmente impuestos al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por el momento, no ha sido probado”<sup>48</sup>. Añadió que “si bien los elementos aportados no revisten entidad suficiente como para tener por demostrado –en términos generales– un peligro inminente en lo que hace a los derechos a la vida, a la seguridad y educación, *sí estarían afectados los derechos a la salud y a la información de los habitantes porteños*”<sup>49</sup>.

Pero además, este criterio amplio, como lo anticipábamos en la introducción, pudo estar vinculado con el particular momento en que se presentó la acción; es decir, el corto tiempo desde que había ocurrido la tragedia en “Cromañón” y la sensibilidad social sobre estas cuestiones.

b) Por otro lado, su participación en la reconducción del objeto de la acción se ve a todas luces en la sentencia cautelar y de fondo. Nótese que allí sostuvo que la carencia probatoria –ya mencionada– no permitió tener por acreditada la problemática en todos los establecimientos educativos, sino que sí existían elementos para ordenar las inspecciones en algunos de ellos. Así, el tamaño y la complejidad de la propia problemática llevada a sus estrados, juntamente con una presentación deficiente, generaron que el magistrado recondujera la pretensión hacia los establecimientos educativos que, según se pudo probar, se encontraban en peor situación. Vale agregar, además, que sin perjuicio de la delimitación impuesta en la decisión cautelar, el proceso continuaba por la totalidad de los establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires.

En este sentido, no existen buenas razones para pensar que *todas* las escuelas se encuentran en mal estado salvo prueba en contrario; pues no existe principio normativo alguno que obligue a invertir la carga argumentativa y probatoria.

De todas formas, y como lo marcaremos en el siguiente punto, este criterio ha ido modificándose a lo largo del proceso. Es posible sostener que el paso del tiempo y la desidia de la Administración en cumplir con los mandatos cautelares pudo ir “ablandando” este criterio judicial. Pero además, también pudo haber impactado en este cambio de criterio el diálogo que con el magistrado fue

47 Punto XI de la resolución cautelar.

48 Punto XIII de la resolución cautelar. El resaltado obra en el original.

49 Op. cit. El resaltado obra en el original.

desarrollando el Asesor Tutelar, quien, sin apelar las decisiones fue amoldando sus pretensiones a los criterios requeridos por aquél.

c) En tercer lugar, el juez tuvo una actuación variable –e igualmente interesante– con relación a la posibilidad de ampliar los alcances de la medida cautelar sostenida en un fuerte y continuo control de las partes y del propio magistrado. Así, en la mayoría de estos pedidos su postura fue, en un principio, denegatoria. La razón de ello es que el magistrado entendía que la información aportada por las partes no cumplía con el estándar probatorio exigido en la manda cautelar. Pero posteriormente, el Asesor Tutelar comenzó a presentar en el expediente en cuestión diversos informes que modificaron la perspectiva del magistrado interviniente, avalando la ampliación de la cautelar solicitada. De hecho, y como ya se mencionó, si bien la medida cautelar incluyó originalmente 8 establecimientos escolares en 5 edificios, luego de sucesivas presentaciones, este número se amplió a 23 escuelas –todas ellas públicas–.

Este comportamiento, parece surgir de dos razones diferentes: una pragmática y otra, si se quiere, “sustantiva”. La primera tiene que ver con la necesidad de que el proceso de ejecución no se le tornara incontrolable; de allí que pareciera trascendental mantenerse restringido a lo que habían acordado las partes. La razón “sustancial” tiene que ver con el respeto al derecho de defensa, liminal en el debido proceso. Así, la posibilidad de que, por ejemplo, en el marco de una inspección a una escuela se detectaran otras deficiencias por fuera de las estipuladas en el acuerdo ampliaría la intervención judicial. Sin embargo, la postura del juez era considerar que estas deficiencias debían tramitar como nuevas demandas, rechazando que tramitaran en los incidentes propios del expediente “Iglesias”; y esto, para ser consistente con la defensa en juicio de la Administración.

Además, el juez utilizó en diversas instancias la aplicación de astreintes para dar cumplimiento a sus órdenes que, en un principio, habían sido incumplidas por la Administración. De hecho, el caso “Iglesias” es una muestra de, al menos, dos rasgos positivos de las astreintes: el primero de ellos tiene que ver con el potencial que éstas tienen de que, dado cierto monto, el rasgo conminatorio se transparenta al generar mecanismos de presión sobre el funcionario para que se presente a una instancia de negociación con las partes, bajo amenaza de afectar su patrimonio personal. El segundo es que las astreintes pueden ser destinadas al bien colectivo que se encuentra en disputa; en este caso, a las escuelas que son objeto del pleito, dándoles a éstas una utilidad particularmente atractiva.

Éste, entonces, es un ejemplo interesante de cómo un instrumento, limitado y no siempre adecuadamente ponderado, puede tener cierto potencial para instar al cumplimiento de las mandas judiciales.

### 3.4. EL ACUERDO ANTE EL TSJ

En otra instancia ya hemos remarcado los beneficios que puede haber en un proceso de ejecución cuando las decisiones de fondo emanan de instancias de diálogo<sup>50</sup>. Sin perjuicio de dejar pendiente el análisis de si en este caso se han dado aquellos rasgos que juzgábamos como valiosos en este tipo de mecanismos deliberativos, sí es remarcable extraer algunas consideraciones acerca del acuerdo.

En primer lugar, la necesidad del acuerdo respondió, sobre todo, a la propia complejidad del caso que hacía extremadamente dificultosa la resolución de la situación estructural sin una instancia de negociación entre las partes.

En segundo lugar, podría pensarse que la celebración de este acuerdo respondió a la estrategia por parte del Tribunal Superior de intentar "evadir" la instancia de tener que dictar una sentencia sobre el fondo de tan compleja situación. Sin embargo, esto no podría ser aducido en el presente caso puesto que, como lo dijimos, en el momento en que el Tribunal Superior intervino en el expediente ya existía una sentencia firme resolviendo el fondo dictada por la Cámara CAyT.

En tercer lugar, es posible que el hecho de que la solución hubiera emanado de una instancia de negociación y conversación entre las partes la dotara de cierta legitimidad y, consecuentemente, "facilitara" la instancia de la ejecución.

### 3.5. EL INTERVENTOR INFORMANTE

El interventor informante es una figura particularmente interesante para la ejecución de este tipo de procesos complejos y extendidos en el tiempo. Se trata de un experto en la cuestión a ejecutar –en el presente caso es un arquitecto– que informa al tribunal, con cierto grado de periodicidad, los avances y los retrocesos en la ejecución de lo ordenado en la manda judicial –en este caso, lo resuelto en el acuerdo–. E indica, además, si la *forma* en que se está ejecutando es consistente con lo allí ordenado.

<sup>50</sup> Por razones de objeto y de espacio, para fundar esta aseveración me remito al trabajo sobre mecanismos deliberativos en los procesos de ejecución de sentencias incluido en la primera parte de esta publicación.

En el caso que estamos comentando, la decisión de nombrar al interventor informante provino del acuerdo celebrado entre las partes, y respondió a la necesidad de contar con un control judicial basado en un conocimiento técnico específico –extraño al propio de los operadores judiciales–.

Ciertamente, el nombramiento de un interventor informante es una decisión financieramente costosa para el erario público –puesto que se le pagan honorarios–. Pero igualmente cierto es que cuando la materia a observar y controlar está centrada en un campo de conocimiento que resulta extraño a los operadores judiciales –por ejemplo, cuestiones edilicias–, resulta un instrumento más que necesario.

Es interesante remarcar que la actuación del interventor informante generó un interesante diálogo entre la Administración y los actores, en particular con la Asesoría Tutelar interviniente. Por ejemplo, en el caso de las Escuelas Nº 20 y 21<sup>51</sup>, en el acuerdo se había resuelto, con relación a ambos establecimientos, que “queda pendiente el retiro de elementos en desuso que se encuentran en diversos lugares del inmueble”. Además, se estaba llevando adelante una obra –en virtud de lo ordenado por la sentencia de primera instancia– con plazo de finalización para el 8 de marzo de 2010. En función del informe acompañado por el interventor informante<sup>52</sup>, la Asesora Tutelar interviniente –Mabel López Oliva– denunció el incumplimiento de lo convenido en el acuerdo<sup>53</sup>. Esto así, dado que “existen elementos combustibles en desuso que no están dispuestos en un depósito único que reúna las condiciones contra incendio”. Asimismo, con relación a la Escuela Nº 21 encontró que se había incumplido la sentencia de primera instancia “en cuanto ordenó respecto de la institución mencionada, ignifugar o realizar un tratamiento con un retardante de llama en los revestimientos combustibles que conforman el maderamen de revestimiento de techos y vigas de soporte de igual material”. En virtud de ello solicitó que se aplicaran las multas que habían sido confirmadas por la Cámara CAyT. Al mismo tiempo, manifestó que el GCBA consintió el informe pericial, motivo por el cual reconocía que tanto en la Escuela Nº 20 como en la Escuela Nº 21 existían elementos en desuso que no estaban disponibles en un depósito único que reuniera condiciones contra incendio y que existían revestimientos combustibles de techos y cableados que no tenían tratamiento ignífugo<sup>54</sup>.

---

51 Exp. 15.909/4.

52 Fs. 478/486.

53 Dictamen del 13/9/2011.

54 Dictamen del 15/9/2011.

Un segundo ejemplo es lo que sucedió con la Escuela Nº 36<sup>55</sup>. En el acuerdo se resolvió con respecto a esta institución que "queda pendiente la construcción de una nueva escalera y rampas de acceso exterior y que no hay obra prevista para dicha escuela en tanto se mudará en virtud de la puesta en funcionamiento del Polo Educativo Saavedra. Las demás observaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia se encontrarían cumplidas según lo afirmado por los funcionarios del Ministerio de Educación". A partir del informe pericial<sup>56</sup> la Asesora Tutelar dictaminó que surgía que las observaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia no se encontraban cumplidas en su totalidad<sup>57</sup>. Por ejemplo, el informe menciona la existencia de una antigua escalera de material cementicio que no cumplía con la normativa, puertas con candado que dificultaban una evacuación, iluminación de emergencia que no funcionaba, una puerta con apertura en sentido contrario al de evacuación, falta de instalación de sistemas de detección, alarma contra incendio y rampas de acceso exterior o de circulación interna para superar el desnivel existente y ausencia de proyecto de condiciones contra incendio. En virtud de ello, solicitó que se "intime a informar cuáles han sido las medidas adoptadas para subsanar las observaciones realizadas por el perito"<sup>58</sup>.

En el caso de la Escuela Nº 11<sup>59</sup>, en el acuerdo se estableció que "queda pendiente la reposición de los picos de mangueras (...) y una obra de instalación de gas con plazo final de ejecución para el día 30 de abril de 2010. Las demás observaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia se encontrarían cumplidas según lo afirmado por los funcionarios del Ministerio de Educación". Del informe pericial<sup>60</sup> surge el cumplimiento de ambos puntos. En función de dicho informe pericial, la Asesora Tutelar afirmó que las observaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia no se encontraban subsanadas en su totalidad, a saber, ampliar la cantidad adecuada de extintores (1 cada 200 m<sup>2</sup>) y retirar los elementos combustibles que aumentan la carga de fuego, motivo por el cual solicitó que se intimara a la demandada "a efectos de que informe, en el plazo que el Sr. Juez estime corresponder, la realización de las obras necesarias para subsanar dichas observaciones y el plazo que estipula para su

---

55 Exp. 15.909/5.

56 Fs. 448/454.

57 Dictamen del 23/9/2011.

58 Dictamen del 15/12/2011.

59 Exp. 15.909/7.

60 Fs. 583/600.

finalización”<sup>61</sup>. Luego petitionó que se intimara al GCBA a dar cumplimiento a las observaciones efectuadas en el informe pericial<sup>62</sup>.

Otro ejemplo es el de la Escuela Nº 81<sup>63</sup>. En el acuerdo se había resuelto que “no existe obra; hay que desarrollar proyecto de obra integral lo que demandará siete meses tanto para el edificio nuevo como para el más antiguo, correspondiendo respecto de este último –que está catalogado como área de protección histórica– efectuar consulta con la Dirección General de Interpretación Urbanística (Ministerio de Desarrollo Urbano”. Del informe pericial acompañado<sup>64</sup> se desprende que se estaba ejecutando una obra a partir del 23 de agosto de 2011 y que el Inspector de la Obra había propuesto una serie de modificaciones, tales como la ejecución de rampas para acceso de discapacitados, la adecuación del sentido de aberturas de las puertas o la adecuación de las salidas alternativas. En virtud de ello, la Asesora Tutelar solicitó que “se intime al demandado, en el plazo que a sus efectos se designe, a informar si la obra se ha modificado conforme a las observaciones realizadas por el inspector y cuál es el plazo tentativo de finalización”<sup>65</sup>.

En el caso de la Escuela Nº 7<sup>66</sup>, el acuerdo estableció que “queda pendiente la caja de escalera contra incendio, lo que implicará realizar la evaluación para su factibilidad y elaborar un proyecto de obra al respecto, lo que demandará cinco meses. Las demás observaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia de encontrarían cumplidas según lo afirmado por los funcionarios del Ministerio de Educación”. A partir del informe pericial<sup>67</sup>, la Asesora Tutelar solicitó que se intimara a la demandada a informar la fecha estimativa de finalización de las obras comprometidas por medio de Licitación Pública Nº 1525-SIGAF-11 y denunció que existían otras obras que surgían de la sentencia que no se encontraban concluidas (puesta en regla de la alimentación a las bombas de incendio, optimización del sistema de iluminación de emergencia y reparación de la instalación de artefactos a gas)<sup>68</sup>.

---

61 Dictamen del 3/10/2011.

62 Escrito del 17/12/2011.

63 Exp. 15.909/9.

64 Fs. 430/456.

65 Dictamen del 22/3/2012.

66 Exp. 15.909/10.

67 Fs. 452/473.

68 Dictamen del 22/3/2012.

Asimismo, es un ejemplo lo que sucedió con la Escuela Nº 34<sup>69</sup>. En este supuesto el acuerdo expresaba que sólo "queda pendiente el sistema hídrico como todo lo relativo al sistema contra incendio. Corresponde realizar un proyecto de obra que demandará cuatro meses". Sin embargo, del informe pericial acompañado por el interventor<sup>70</sup> aparecen varios incumplimientos más; los cuales, en su gran mayoría, cuentan con una obra en ejecución. El primero de ellos referido a la ausencia de un sistema hídrico contra incendios. Sin perjuicio de ello, se mencionó que había una obra en construcción para esto. Por otro lado, manifestó que los matafuegos eran insuficientes, lo que ocasionó un interesante diálogo con la Asesora Tutelar quien solicitó que se informara cuál era la cantidad que el perito entendía como "suficiente" para dar cumplimiento con los estándares de seguridad<sup>71</sup>. En tercer lugar, se expresó que el establecimiento carecía de iluminación de emergencia y que la instalación eléctrica y de gas no cumplía la normativa vigente, existiendo –aquí también– una obra en ejecución para ello.

Además, se marcó que no poseía rampas de acceso exterior, tanque de reserva de incendio, sistema de hidrantes, el aviso de incendio no funcionaba, no había rampas para salvar los distintos desniveles ni sistema de iluminación de emergencia. Para todas estas falencias, el GCBA argumentó que existían obras en ejecución. Finalmente se subrayó la falta de acondicionamiento del sistema de detectores automáticos de incendios, la ausencia de señalización de los medios de salida, la falta de una baranda sobre un muro lateral que limitaba las escaleras, la falta de aventanamientos, y que no se mantenían las condiciones de orden y limpieza en el sector destinado a maestranza. Aquí también, recalcó el GCBA, existían obras en ejecución.

En el caso de la Escuela Nº 6<sup>72</sup>, el acuerdo estableció que "existen obras que ya se han realizado correspondientes a la sentencia de primera instancia. Existe una obra en ejecución que comenzó en diciembre 2009 cuya finalización está prevista para marzo 2011 según licitación pública nº 398-SIGAF-08. Las obras restantes serán contempladas en una obra futura a iniciarse a partir de cumplirse la obra en ejecución, debiendo elaborarse un proyecto de obra que demandará ocho meses". En virtud del informe pericial<sup>73</sup>, la Asesora Tutelar mani-

69 Exp. 15.909/17.

70 Fs. 451/457.

71 Dictamen del 27/9/2011.

72 Exp. 15.909/18.

73 Fs. 414/443.

festó que existían obras pendientes a realizar para reparar las irregularidades señaladas en la sentencia de primera instancia en el “Edificio Histórico”, tales como la falta de instalación de agua contra incendio, la ausencia de funcionamiento del sistema contra incendio, escaleras que no se adecuaban a la normativa y no conformaban caja contra incendio, así como puertas con apertura contraria al sentido de evacuación, y solicitó que se intimara a informar qué postura y medidas adoptaría con relación a dichas irregularidades<sup>74</sup>.

Por último, otro ejemplo es el de la Escuela Nº 22<sup>75</sup>. El acuerdo expresaba que “todas las obras se encuentran cumplidas, según obra ejecutada licitación pública nº 19/04 que tramitó bajo expte. 25.829/04”. Del informe pericial<sup>76</sup> surge que algunas de las observaciones efectuadas en la sentencia de primera instancia no se encontraban cumplidas, tales como la falta de adecuación a la normativa vigente en materia de incendio (barrales antipánico, matafuegos).

Es remarcable que, conforme a lo entrevistado con el Magistrado interviniente y con las partes, el proceso se está llevando adelante sin mayores problemas y con un estricto control por parte del Magistrado y de los interesados.

#### **4. APRENDIZAJES EN TÉRMINOS DE BUENAS PRÁCTICAS. CONCLUSIONES**

En definitiva, hay varias cuestiones para remarcar como aprendizajes de este caso, tanto en relación con el modo en que se ha construido la decisión final, como con relación al proceso de ejecución de ella.

En primer lugar, resulta particularmente importante el rol de las partes, tanto en la forma en que realizan su pretensión inicial como al reconducir el proceso. En el primer sentido, se ha visto que el “caso Iglesias” es un buen ejemplo de qué variables deben tenerse en cuenta al momento de plantear un objeto amplio y la prueba necesaria para ello. Al contrario de lo aquí sucedido, un caso que tiene pretensiones de impactar estructuralmente debe ser presentado con un lenguaje claro y con una problemática específica y comprensible –incluso esto debe observarse con mayor rigidez cuando ésta sea amplia y abarcativa–. En el segundo sentido, las partes cumplen un rol trascendental al momento de ir reconfigurando el caso de modo de suplir aquellos defectos originarios; y, además, agregando perspectivas en la problemática. Nótese, al efecto, que tanto el Asesor Tutelar como la ACIJ cumplieron acabadamente este rol; uno re-

---

74 Dictamen del 15/12/2011.

75 Exp. 15.909/24.

76 Informe pericial de abril de 2012.

marcando y delimitando el proceso uno y ampliando su profundidad y sus límites, el otro.

Además, el rol aportado por el/la juez/a resulta fundamental: tanto al momento de intervenir en el caso –bajo un criterio amplio y generoso de admisibilidad–; pero además, para suplir él mismo los defectos de las propias partes al momento de ir construyendo el caso. Por otro lado, su rol activo ha sido fundamental en el proceso de ejecución de la sentencia al ir manejando un diálogo con las partes con relación a la incorporación y/o exclusión de establecimientos educativos; y, a la vez, ponderando el grado de cumplimiento de sus órdenes en cabeza de la Administración.

Finalmente, y ya particularmente con la ejecución, podemos mencionar dos grandes aprendizajes. El primero vinculado con las ventajas que se obtienen cuando éstas son producto de instancias de diálogo y de negociación entre los afectados. Sin perjuicio de haber mencionado algunas dudas al respecto, es indudable que el hecho de que la solución haya emanado de un acuerdo la ha dotado de un grado de legitimidad que impacta en su eficacia al momento de su ejecución<sup>77</sup>. El segundo, con la figura del interventor informante, como un actor particularmente interesante para la ejecución de sentencias que requieren un tipo de conocimiento que resulta extraño o ajeno al propio del tribunal.

En definitiva, las dificultades que existen al momento de ejecutar sentencias colectivas vinculadas con el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales son numerosas, complejas y responden a múltiples causas. Lo hasta aquí revisado, en todo caso, puede servirnos para identificar, ilustrar y conceptualizar algunos elementos –tal vez rudimentarios, tal vez en una etapa demasiado genética– para seguir pensando y reflexionando acerca de aquellos problemas y de cómo los operadores de nuestro sistema judicial pueden –deben– construir una práctica judicial que honre nuestros compromisos constitucionales fundamentales.

---

77 Remitimos nuevamente en este aspecto al trabajo sobre mecanismos deliberativos en los procesos de ejecución de sentencias incluido en la primera parte de esta publicación.

# CASO SEGURIDAD Y SALUD EN VILLAS DE LA CIUDAD

EXPTE. 39381/0. "ASESORÍA GENERAL TUTELAR Nº 1 FUERO CAYT  
Y OTRO C/GCBA S/AMPARO"<sup>1</sup>

## 1. EL CASO

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, es en las villas, asentamientos y núcleos habitacionales transitorios donde se condensan y profundizan situaciones de violación sistemática de los derechos más básicos, como la salud, la educación o la vivienda.

Conforme a los datos provisionales del Censo 2010<sup>2</sup>, la población que vive en villas<sup>3</sup> es de 163.587 personas. Estos datos fueron controvertidos dado que no incluyen muchos asentamientos informales y que muchas personas inquilinas no fueron censadas. Por otro lado, conforme a un informe de la Presidencia de la Comisión de Vivienda del año 2009, se estima que el número podría ascender a 300.000<sup>4</sup>. Estas comunidades han sido históricamente desaventajadas y sus derechos más básicos les son satisfechos de manera desigual y discriminatoria en comparación con el resto de sus conciudadanos.

A su vez, y de acuerdo con un informe realizado por la Sindicatura de la Ciudad de Buenos Aires, la población residente en villas, en comparación con el total de la Ciudad, es 14 años más joven. Su proporción de niños es mayor en 20

---

1 Documento elaborado por María Trevisani en el marco del proyecto conjunto entre la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: "Desafíos en la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad". El proyecto se desarrolla bajo la coordinación de Romina Faerman, Gustavo Maurino y Luciana Bercovich, con la participación de Mariela Aisenstein, Damián Azrak, Dalile Antúnez, Mauro Chellillo, Federico Orlando y Martín Sigal.

2 [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/sis\\_estadistico/resultados\\_provisionales\\_censo\\_2010.pdf](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/resultados_provisionales_censo_2010.pdf).

3 De ahora en más, debe entenderse que cuando se usa la palabra "villa" en forma genérica nos referimos también a los asentamientos y núcleos habitacionales transitorios.

4 Conf. Presidencia de la Comisión de Vivienda de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (2009): *Buenos Aires sin Techo*.

puntos porcentuales y la de adultos mayores es menor en 13 puntos. Además, los ingresos de los sectores que habitan en villas son muy inferiores a los del resto de la ciudad (diferencias del 80%) y la población residente en villas posee, en promedio, 4 años de escolaridad menos que la población total de la Ciudad. Así, mientras que la población de 18 años y más de la Ciudad tiene nivel secundario completo, los residentes de las villas apenas superan el nivel primario<sup>5</sup>.

Muchos de los vecinos de las villas no acceden a agua y, cuando lo hacen, se encuentran expuestos a graves peligros para su salud (las cañerías están pinchadas y expuestas a fuentes de contaminación) o la reciben deficitariamente (baja o nula presión). A su vez, tampoco cuentan con el servicio de red cloacal, sino que mantienen pozos ciegos que deben ser desagotados por camiones atmosféricos. Este servicio también es deficitario, dado que los camiones no acuden al barrio con la frecuencia necesaria. La situación es similar en relación con el acceso al gas: no existen redes de gas natural, por lo que los vecinos deben, necesariamente, comprar gas en garrafas para calefaccionarse y cocinar que, por su alto costo se torna inaccesible<sup>6</sup>.

En este contexto, es el SAME (Sistema de Atención Médica de Emergencia) el organismo encargado de brindar una respuesta adecuada a las necesidades de la población frente a emergencias y urgencias médicas, individuales o colectivas, surgidas dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, corresponde a los CeSACs (Centros de Salud y Acción Comunitarias) y Centros Médicos Barriales encargarse fundamentalmente de la atención primaria y asistir dolencias de poca complejidad.

Sin embargo, los CeSACs que se encuentran dentro de las villas se ven forzados a cerrar sus puertas cuando se interrumpe el servicio de energía eléctrica. Muchos de estos centros no tienen equipos electrógenos, por lo que la falta de energía eléctrica impide el normal desarrollo de las actividades médicas, la calefacción de los consultorios y la realización de los estudios de rutina. La falta de agua, producida también por la falta de luz, impide mantener las condiciones de higiene exigidas, y brindar el servicio de salud adecuado<sup>7</sup>.

Ante esta situación, es en los tribunales en donde muchos actores han buscado (y, algunas veces, encontrado) respuestas a las demandas para que se hagan efectivos sus derechos y se revierta la situación injusta en que viven los habitantes de estas comunidades. Así, el caso analizado fue iniciado como un

---

5 *Ibidem*.

6 ACU (2010): *A la luz de las desigualdades*.

7 *Ibidem*.

intento de que se garantizara el derecho a la seguridad en las villas de la ciudad. Por el cambio en el contexto y la incorporación de nuevos actores como partes, la demanda se centró en que la prestación del servicio de salud a los habitantes de las villas sea brindada de manera adecuada.

La demanda fue iniciada por la Asesoría Tutelar (en adelante AT), a cargo del Dr. Gustavo Moreno. El actor, tomando como antecedentes los casos “Villa 20”<sup>8</sup> y “DiFillipo”<sup>9</sup>, y considerando que la inseguridad en las villas se percibía cada vez que se concurría a cualquiera de ellas, consideró que la vía judicial era la más adecuada teniendo en cuenta la falta de plan del Gobierno de la Ciudad (GCBA) para garantizar la seguridad en las villas de la Ciudad.

El 29 de octubre de 2010, la AT inició una acción de amparo contra el GCBA con el objeto de que se “ordene brindar condiciones de seguridad adecuada que permita el desarrollo normal de la vida de las personas menores de edad que habitan en villas de emergencia, asentamientos y núcleos transitorios a fin de que en forma inmediata puedan gozar de los derechos consagrados constitucionalmente en igualdad de condiciones que el resto de los habitantes de la Ciudad”. Para este fin, solicitó que se ordenara al GCBA la elaboración, la presentación y la ejecución de un plan específico de seguridad ciudadana que asegurara condiciones necesarias que permitieran a todos los habitantes de dichas zonas acceder a obras de infraestructura, servicio de salud y otros, incluyendo plan de recolección de residuos, etcétera.

Además, requirió el dictado de una medida cautelar que ordenara al GCBA efectuar un relevamiento de las condiciones de seguridad en las villas de emergencia y asentamientos de la Ciudad y que presentara un plan de seguridad que asegurara las condiciones necesarias para que los niños que allí habitan pudieran acceder a obras de infraestructura, servicios de salud, servicios básicos de residuos, etc., bajo condiciones de seguridad.

Peticionó que se declarara la conexidad de esa causa con una serie de procesos que tramitaban ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario No

8 Expte. 12.975/0 “Villa 20 c/IVC s/amparo”. En Villa 20 se realizaron elecciones en el año 2007 en el marco de la intervención judicial dispuesta en dicha causa.

9 Expte. 31699/0 “Di Filippo, Facundo Martín c/GCBA s/amparo”. El 27 de octubre de 2008 el legislador Facundo Di Filippo interpuso una acción de amparo colectivo con el objeto de que el Poder Judicial ordenara al Gobierno de la Ciudad de Buenos cumplir con la ley 148. En consecuencia, se peticionó que se ordenara al GCBA, en un plazo perentorio, realizar un censo habitacional en cada villa y Núcleos Habitacionales Transitorios (N.H.T.) que careciera de órganos políticos conformados regularmente, elaborar los padrones electorales y desarrollar todas las acciones tendientes a regularizar los procesos eleccionarios tal como dispone la ley 148. El 18 de diciembre del mismo año se dictó una medida cautelar que dispuso, entre otras cosas, la intervención de los órganos que ejercen la representación política en villas y N.H.T.

2. Acompañada la documental, la jueza interviniente (Elena Liberatori) declaró la conexidad y ordenó remitir las actuaciones al juzgado del Dr. Andrés Gallardo. Esta demanda quedó sin avanzar por unos meses.

La situación deficitaria en el ejercicio del derecho a la salud en las villas anteriormente mencionada se vio agravada a principios del año 2011. A partir del martes 5 de abril de ese año, el Ministerio de Seguridad de la Nación puso en marcha el Operativo Unidad - Cinturón Sur<sup>10</sup>, el cual tenía por objeto “optimizar el servicio de seguridad ciudadana en la Capital Federal”. Como consecuencia de la implementación de este plan, se retiraron de los edificios públicos de la Ciudad los efectivos de la Policía Federal. Entre estos edificios se encontraban los hospitales y los CeSACs. Estos últimos fueron cerrados, con el argumento de la falta de condiciones de seguridad mínimas para poder mantenerse en funcionamiento, dejando a los habitantes de las villas sin lo que muchas veces significa el único medio de acceder a un servicio de salud.

Este hecho coincidió con la muerte de Humberto Ruiz, habitante de la Villa 31-Retiro, quien tuvo un ataque de epilepsia y no pudo ser atendido debido a que la ambulancia se negó a entrar al sector de la villa en el que se encontraba. Afirmaron los vecinos del lugar que era práctica generalizada que las ambulancias sólo entraran a las villas escoltadas por un patrullero, lo que generaba una atención deficiente ante las emergencias, dado que al no concurrir un patrullero ante los llamados de emergencias, las ambulancias tardaban en llegar a los lugares o, como en el caso, directamente no entraban.

En protesta frente a este hecho, vecinos de la Villa 31 cortaron la Autopista Illia. Luego de varias horas de protesta, se presentó el Ministro de Salud de la Ciudad y funcionarios del SAME y, luego de llegar a un acuerdo, se levantó el corte.

Según los habitantes de las villas, este hecho puntual era sólo un ejemplo de la deficiencia estructural que poseía el servicio a la salud en sus distintos niveles (SAME y CeSACs), toda vez que no contaba con los recursos humanos, suministros y condiciones edilicias necesarias para afrontar este tipo de emergencias que, a causa de las condiciones desaventajadas en que viven las personas de las villas, son más comunes en éstas que en el resto de la sociedad.

Ante esta situación, al considerar que no se encontraban garantizadas las medidas mínimas de seguridad, y al producirse el cierre de los CeSACs, comenzaron a realizarse asambleas periódicas entre los trabajadores de la salud y representantes de las villas para decidir qué medidas tomar. Los trabajadores de

---

10 Decreto 864/2011.

la salud se encontraban ante el problema de no poder garantizar el derecho a la salud por no contar con las condiciones de seguridad necesarias para realizar su trabajo, lo que dejaba a los habitantes de las villas sin este servicio.

La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) empieza a participar de estas asambleas. En este marco se discute la posibilidad y las implicancias de presentar una acción judicial. Mientras se trabajaba en la posible demanda, se puso en conocimiento de ACIJ la existencia de la demanda presentada por la AT, la cual tenía por objeto la seguridad en las villas. Entre los vecinos, los trabajadores de la salud y ACIJ se discutió cuál debía ser el objeto de la demanda a presentar, decidiéndose que el conflicto debía girar en torno al derecho a la salud. Asimismo, se consideró que no sólo se trataba de un conflicto coyuntural, sino que era de índole estructural.

Por ello se empezó a trabajar y discutir en una demanda que pidiera cautelarmente lo que se consideraba urgente, y como pretensión de fondo lo que era de índole estructural.

Considerando que el objeto de la demanda de la AT era lo suficientemente amplio (seguridad en las villas de la Ciudad) como para incluir lo que se peticionaría en la demanda de ACIJ, y ante la posibilidad de que se declarara la conexidad con este caso, se optó por presentarse directamente en la causa iniciada por la AT y peticionar ser tenidos como parte.

Finalmente, se decidió judicializar el conflicto. Se presentaron una serie de vecinos, efectores de salud y ACIJ, quienes requirieron ser tenidos como parte actora. Peticionaron que se garantizara para los profesionales y empleados de los hospitales y CeSACs condiciones de trabajo que aseguraran su salud y su integridad psicofísica de manera adecuada al nivel de conflictividad social agravada existente en las comunidades afectadas; que se garantizaran condiciones ambientales y de infraestructura dignas para los CeSACs de las villas y asentamientos de la ciudad; que se asegurara un servicio de traslado de emergencia oportuno, suficiente y adecuado a las condiciones urbanas y de infraestructura de las villas y asentamientos informales. Además, requirieron el dictado de una medida cautelar relacionada con los CeSACs y el SAME<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> La medida cautelar pide que el GCBA:

1. Diseñe y presente en el plazo de 24 h un protocolo de atención del SAME, de implementación inmediata, que garantice el servicio de emergencia médica a los habitantes de las villas y asentamientos en tiempo oportuno y seguro, y con las medidas de contingencia necesarias para que dicho servicio no se vea interrumpido por la falta eventual de recursos humanos de la Policía Federal Argentina.

2. Se restablezcan de inmediato –en un plazo de 24 h– las garantías en las condiciones de seguridad e integridad psicofísica de los efectores y usuarios de los servicios de atención primaria de salud en los CeSACs y hospitales que prestan el servicio público de salud a las comunidades afectadas, proveyendo de inmediato los

El día 8 de abril de 2011 se presentó la diputada Rocío Sánchez Andía en la misma causa y solicitó intervenir como parte actora. En su demanda, coincidió íntegramente con el objeto inicial de la demanda de la AT y solicitó que se ampliara en lo que respectaba al colectivo afectado: todos los habitantes de las villas sin distinción de edad.

El 12 de abril, el juez interviniente hizo lugar a la cautelar peticionada, la que fue objeto de recurso de reposición con apelación en subsidio. En ella se ordenó, en líneas generales, que se confeccionara un plan de salud de implementación inmediata para responder a las emergencias y se asegurara la integridad de los efectores de la salud para que pudieran garantizar la atención primaria en los CeSACs<sup>12</sup>.

Asimismo, ordenó que, a los fines de cumplimentar estas medidas, se celebrara una Audiencia Pública para el día 15 de abril de 2011, a la que debía comparecer, con carácter indelegable, una serie de funcionarios del GCBA<sup>13</sup>.

## **1.2. EL “TEMA”, EL “CONTEXTO” Y LA BREVE HISTORIA-NARRACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA EJECUCIÓN**

El 15 de abril de 2011 se realizó la primera audiencia en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad, a la que concurrieron los demandantes, el INADI, representantes de “los curas villeros”, el Procurador General de la Ciudad y el Dr. Rus-

---

recursos humanos idóneos para prevenir y contener hechos de violencia y conflictividad que pongan en riesgo la integridad psicofísica de los profesionales y usuarios del servicio de salud en las villas.

3. Complementariamente, también se solicita que se ordene no innovar de un modo regresivo y contrario a la voluntad de los afectados, las condiciones laborales de los profesionales y empleados del GCBA firmantes y/o adherentes de la presente acción.

12 Allí se ordenó que la demandada: 1.I. confeccione un plan estructural de Salud, que incluya un protocolo de atención del SAME, de implementación inmediata, que garantice el servicio de emergencia médica a los habitantes de las villas, asentamiento y complejos habitacionales de la CABA en tiempo oportuno y seguro, y con las medidas de contingencia necesarias para que dicho servicio no se vea interrumpido por la falta eventual de recursos humanos de la Policía Federal Argentina; 1.II. Disponga un plan de protección que efectivice las garantías en las condiciones de seguridad e integridad psicofísica de los efectores y usuarios de los servicios de atención primaria de salud en los CeSACs y hospitales que prestan el servicio público de salud a las comunidades afectadas, proveyendo de inmediato los recursos humanos idóneos para prevenir y contener hechos de violencia y conflictividad que pongan en riesgo la integridad psicofísica de los profesionales y usuarios de salud en las villas; 1.III. Identifique a los empleados públicos que protagonizaron la atención médica al Señor Humberto Ruiz; 2. Establecer una medida no innovativa ordenando al gobierno de la CABA mantenga inalterables las condiciones laborales de los profesionales y empleados del GCBA que han solicitado y/o adherido a la acción.

13 Los funcionarios de la Ciudad citados eran el Ministro de Salud, Jorge Lemus; el Ministro de Seguridad y Justicia, Guillermo Montenegro; el Jefe de Ministros, Horacio Rodríguez Larreta; y el Procurador General, Ramiro Monner Sanz.

so en representación de la demandada. El Ministro Lemus, también citado por la demandada, no concurrió. De esta audiencia participaron más de trescientas personas, entre vecinos de las villas, trabajadores de la salud, representantes de ACIJ y la diputada Sánchez Andía. Asimismo, se produjo la cobertura de varios medios de comunicación masiva y del Centro de Investigación Judicial (CIJ), quienes luego publicaron, tanto de forma impresa como digital, la información de lo sucedido en la audiencia y del conflicto de salud que estaba desarrollándose en la Ciudad.

Luego de esta audiencia el Magistrado interviniente tuvo por incumplida la medida cautelar, citó al Ministro de Salud para nueva audiencia el día 25 de abril, con carácter indelegable; se decretó la intervención judicial informativa<sup>14</sup> del SAME y de la Subsecretaría de Atención Integrada de Salud del GCBA; puso en conocimiento del Jefe de Gobierno de la Ciudad el pleito y le ordenó que procediera a la reapertura inmediata de los CeSACs y la normalización inmediata del suministro de medicamentos, instrumental y demás elementos necesarios para la efectiva prestación del servicio de salud. Esta medida también fue apelada.

Cabe aclarar que la intervención informativa a los CeSACs y al SAME no se hizo efectiva en ningún momento del proceso. Además, luego de esta audiencia, el GCBA contrató seguridad privada para que trabajara en los CeSACs, lo que permitió que se reabrieron éstos, circunstancia que es esgrimida por la Administración en la segunda audiencia para argumentar que se estaban llevando a cabo medidas tendientes a cumplir con la cautelar.

La reapertura de los CeSACs bajó notablemente el nivel del conflicto. Una vez que los centros reabrieron sus puertas, el interés, tanto por parte de los vecinos como de los trabajadores de la salud, disminuyó respecto del proceso que se estaba llevando adelante, así como la cobertura de los medios de comunicación.

La demandada, luego de esta audiencia, decidió recusar al Juez Dr. Andrés Gallardo en virtud de su “manifiesta enemistad” con el Gobierno de la CABA, pasando el expediente al Juzgado a cargo de la Dra. Andrea Danas.

La nueva jueza interviniente decidió disminuir la cantidad de participantes en las audiencias, realizando convocatorias cerradas en lugar de públicas. Para participar de esta segunda audiencia sólo fueron citados la diputada Sánchez Andía, la Asesora Tutelar y el GCBA, considerándose que las demás partes ya habían “sido debidamente oídas” en la primera audiencia. Esto llevó a ACIJ a

<sup>14</sup> Cabe aclarar que se trataba de un interventor informante a los efectos de que el interventor “monitoree e informe [...] sobre los modos en que el servicio se presta en las villas de emergencia, asentamientos y barrios cadenciados de la ciudad [...]”, sin perder la Administración ningún tipo de control efectivo sobre los organismos intervenidos.

interponer un recurso de reposición demandando ser tenidos como parte y ser citados a participar de esta audiencia. Finalmente, la jueza tuvo como parte a ACIJ y fueron citados a participar de aquélla.

El 25 de abril se celebró la segunda audiencia, fijada por el Tribunal anterior. Esta audiencia fue realizada en las dependencias del Tribunal de la Jueza interviniente y concurrieron por la parte actora: la Asesora Tutelar, la diputada Sánchez Andía y representantes de ACIJ; y por la parte demandada, el Procurador de la Ciudad, el Ministro de Salud, el Director General del SAME, representantes de la Subsecretaría de Atención Integrada y el Director Operativo del SAME.

En esta audiencia se hizo evidente que existían dos cuestiones que debían resolverse. En primer lugar, la necesidad de dar una solución urgente en los casos de emergencias en los que debían actuar el SAME, esto es, garantizar que las ambulancias ingresaran a las villas ante el llamado por alguna emergencia proveniente de éstas. En segundo lugar, debía resolverse el problema estructural concerniente al servicio de atención primaria, es decir, garantizar una prestación igualitaria al acceso a la salud a los vecinos de las villas. Se reconoció la complejidad del problema y las dificultades estructurales que existían en el sistema de salud, no teniendo en claro la Administración cuál era el camino adecuado para dar solución a aquél. Así, se dilucidó que existían dos opciones: proseguir con el camino judicial tradicional de demandar a la Administración el cumplimiento de la medida cautelar anteriormente dictada; o iniciar una instancia de diálogo y trabajo conjunto entre las partes actoras y la demandada en búsqueda de una solución. Entonces, se decidió y aceptó el compromiso asumido por las partes para que, en el plazo de cinco días, dieran comienzo a una instancia de diálogo, “una comisión de trabajo interministerial y de vecinos para arribar a un acuerdo, teniendo en cuenta la fisonomía de cada villa en búsqueda a una solución”.

Asimismo, se decidió que la primera mesa de trabajo tendría como objetivo dar respuesta a la cuestión que se consideraba urgente, esto es, que las ambulancias del SAME entraran a las villas ante los llamados por emergencia; y que las mesas subsiguientes buscarían dar solución al problema estructural de políticas de salud para las villas de la Ciudad.

La primera reunión (de la primera mesa de trabajo) se realizó en la Asesoría Tutelar Nº 1 y la segunda de ellas en las oficinas de ACIJ. En ellas participaron la Procuración General de la Ciudad, la Subsecretaría de Seguridad de la Ciudad, el SAME, la Asesoría Tutelar Nº 1, el abogado y representante de la diputada Sán-

chez Andía, ACIJ y varios vecinos concurrentes de las villas 31-31 bis, 21-24, 20 y Los Pinos.

La tercera reunión tuvo lugar en un salón de la Legislatura Porteña, donde concurren, además de los participantes de las dos mesas anteriores, la Subsecretaría de Seguridad de la Ciudad, el SAME, representantes del Ministerio de Ambiente y Espacio Público de la Ciudad y representantes del Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC).

Uno de los primeros acuerdos a los que se llegó entre las partes fue el de realizar reuniones en las villas con sus habitantes para que pudieran conocerse con los choferes que habitualmente hacían los rescates en esas zonas. Estas reuniones permitieron “aportar las inquietudes y propuestas tanto comunitarias como sanitarias que dieran sustento a los compromisos asumidos en el primer acuerdo”, conforme surge de éste.

En el primer acuerdo, firmado el 19 de mayo, asumieron compromisos el SAME, el Ministerio de Ambiente y Espacio Público, el Ministerio de Seguridad, el IVC y los vecinos<sup>15</sup>. Este primer acuerdo tenía como objetivo dar solución a la necesidad urgente de que las ambulancias ingresaran a las villas en los casos en que el SAME recibía un llamado por alguna emergencia proveniente de ella. Entre otros, uno de los compromisos asumidos fue el de continuar realizando reuniones periódicas con los habitantes de las villas con el fin de llegar a futu-

<sup>15</sup> Los compromisos asumidos en este primer acuerdo fueron los siguientes:

Compromisos asumidos por el SAME: 1) encontrarse con un patrullero de la policía metropolitana, siempre que el SAME lo solicite, en las inmediaciones de las villas, asentamientos y/o barrios carenciados de la ciudad y entrar juntos hasta el domicilio del paciente solicitante a toda hora y todos los días del año. A tales fines, el GCBA ha unificado el sistema de radio del SAME y la Policía Metropolitana, lo que permite conocer las solicitudes de auxilio al mismo tiempo tanto a las ambulancias del SAME como a los patrulleros de la metropolitana [...]. 2) Mientras que el centro de operaciones del SAME transmite el pedido de auxilio, se comunicará también con el/la acompañante de la villa o asentamiento en cuestión que pueda guiar a la ambulancia hasta el domicilio del paciente solicitante para hacerle saber el punto de encuentro y tiempo de llegada del SAME [...]. 3) Los puntos 1 y 2 [...] serán receptados dentro del Protocolo de Actuación del SAME [...]. 4) A brindar cursos de capacitación en primeros auxilios en las villas [...]. 5) a realizar un reportaje para que pueda ser grabado y reproducido en las diversas radios comunitarias que existen en las villas. [...] 6) brindar a la Dirección General de Alumbrado Público los datos de las arterias principales por las que hacen habitualmente el ingreso a las villas [...]. 7) Continuar con las reuniones en las villas con sus habitantes [...].

Los compromisos asumidos por el Ministerio de Ambiente y Espacio Público: 1) Instalar alumbrado público en todas las calles, pasillos y senderos peatonales de las villas [...] 2) llevar adelante reuniones en las villas [villas] cada 15 días como máximo [...] a fin de identificar y nombrar cada calle, pasaje y sendero peatonal conjuntamente con los vecinos y vecinas del lugar. [...]

Los compromisos asumidos por los vecinos: 1) Brindar al SAME la lista de acompañantes y sus teléfonos para guiar a las ambulancias hasta el domicilio de los pacientes por villa y asentamiento. Dichas listas serán elaboradas por los propios vecinos [...]. 3) Acompañar a los funcionarios que el GCBA designe para el nombramiento y señalización de todas las calles y pasajes de las villas [...].

ros acuerdos. Asimismo, las partes solicitaron que se dejara sin efecto la intervención judicial informativa al SAME ordenada en la resolución del 15 de abril.

Posteriormente, se realizaron acciones tendientes a dar cumplimiento a este primer acuerdo. El 6 de junio se celebró una reunión en la Legislatura con varios representantes de las villas para explicar el acuerdo que se iba a realizar.

A partir de la firma de este primer acuerdo, las audiencias que le siguieron tenían la siguiente dinámica: en la primera mitad de ellas se informaba a la jueza cuáles habían sido los avances que se habían llevado adelante en cumplimiento del primer acuerdo; en la segunda parte, se discutía qué medidas se llevarían adelante, ya no para resolver el problema referido a las emergencias, sino respecto de las políticas que realizaría el GCBA para garantizar la adecuada atención primaria en los CeSACs que se encontraban en las villas.

El día 13 de junio se realizó una nueva audiencia en la que se evaluó el cumplimiento de los compromisos asumidos en el primer acuerdo. En ella se puso un plazo de cinco días para que el IVC informara las gestiones realizadas para el cumplimiento del acuerdo y para que el Ministerio de Espacio Público diera cuenta de las gestiones referidas a la higiene urbana. Lo sucedido en esta audiencia evidencia la necesidad y la importancia de que los habitantes de las villas participen y estén informados de los procesos y de las formas en que se van a llevar a cabo las medidas tendientes al cumplimiento de los compromisos asumidos. Como ejemplo surge lo acontecido al momento de llevarse a cabo la medición para los planos necesarios a fin de realizar el alumbrado de las calles. En la Villa 31 esta tarea se vio dificultada porque los habitantes se sintieron invadidos por las personas que debían realizarla, ya que no las conocían ni sabían qué iban a hacer<sup>16</sup>.

El 13 de junio también se conformó la segunda mesa de trabajo. Las partes realizaron tres reuniones a fin de determinar la manera en que se harían efectivas las mejoras en el funcionamiento en los servicios de atención primaria de salud en los CeSACs.

Las reuniones realizadas en esta segunda mesa de trabajo parecen haber sido menos fluidas que aquellas realizadas para la primera. Esto parece deberse a que las medidas necesarias para garantizar que las ambulancias ingresaran a las villas eran relativamente fáciles de determinar, y en ellas tanto los actores como la demandada acordaban: la necesidad de que las ambulancias pudieran ubicarse en las villas hacía necesario que existieran mapas del barrio, había colaboración de los vecinos para acompañar a las ambulancias del SAME en caso

16 Conforme surge del acta de audiencia del 13 de junio.

de tener problemas de ubicación, y ciertas medidas más tendientes a asegurar el ingreso de las ambulancias a las villas.

Las reuniones de la segunda mesa de trabajo resultaron menos cooperativas. Al buscar una solución a la atención primaria que se brindaba en las villas, era menos claro qué medidas debían llevarse adelante para que ello fuera posible. Esto se debía, al menos en parte, a que, a pesar de que se tenía conocimiento de la falencia de los CeSACs en aspectos de infraestructura, insumos y recursos humanos, etc., no existía información oficial sistematizada al respecto.

Teniendo esto en miras, la segunda mesa de trabajo tuvo como resultado la presentación del segundo acuerdo el día 10 de agosto, posteriormente homologado, que tenía como objetivo principal que la Administración informara a las partes acerca del estado de los CeSACs que se encontraban dentro de las villas. En él asumen compromisos el Ministerio de Salud de la Ciudad y el Ministerio de Seguridad de la Ciudad. Asimismo, las partes se comprometieron a “continuar trabajando en pos de garantizar el adecuado funcionamiento de los CeSACs”<sup>17</sup>.

El 16 de agosto se realizó una nueva audiencia. En ella algunos de los demandantes indicaron que el Ministerio de Espacio Público no cumplía con uno de los puntos del convenio firmado (específicamente, que no era suficiente el servicio de recolección de residuos que se estaba brindando). Asimismo, se informó que uno de los CeSACs de las villas se encontraba cerrado y las graves condiciones de infraestructura en que se encontraba otro de ellos. Como resultado, se intimó a la Dirección de Higiene Urbana y al Ente de Higiene Urbana a que en el plazo de 10 días acreditara el cumplimiento del primer punto y al Ministerio de Salud a que en el mismo plazo informara las razones por las cuales el CeSAC en cuestión se encontraba cerrado.

En la audiencia del 12 de septiembre la Asesora Tutelar indicó que existía un incumplimiento por parte de la Administración en cuanto a la entrega del informe acerca del funcionamiento de los CeSACs, en tanto el entregado era sólo “descriptivo de lo que sucede y en muchos casos no es fiel a la realidad”. Asi-

17 Los compromisos asumidos en este segundo acuerdo fueron los siguientes:

Compromisos asumidos por el Ministerio de Salud de la Ciudad: A) Brindar a las máximas autoridades de los CeSACs los protocolos de actuación frente a cortes de energía eléctrica que puedan sucederse en ellos, a fin de asegurar el debido funcionamiento del centro [...] B) Acercar al expediente en el término de 15 días [...] un diagnóstico de los CeSACs que refiera a aspectos pendientes o nudos críticos referidos [a ciertas posibles falencias de los centros] 4) Provisión interrumpida de Energía Eléctrica en el efector [...]. Compromisos asumidos por el Ministerio de Seguridad de la Ciudad: A) Acreditar en el expediente en el término de 10 días [...] las medidas tomadas para garantizar una mayor actividad preventiva del delito en las cercanías de los CeSACs ubicados dentro y/o en la periferia de las villas [...].

Asimismo, se comprometen a continuar trabajando en pos de garantizar el adecuado funcionamiento de los CeSACs.

mismo, remarcó “que el informe apuntaba a que se pudieran establecer en los CeSACs cuáles eran los problemas de mantenimiento, las deudas de aparatología, los déficits de accesibilidad e infraestructura, y nada de ello surge del informe”. El letrado representante del GCBA negó esta denuncia y adujo que, en todo caso, se trataría de una diferente interpretación de lo que el acuerdo requería. En consecuencia, las partes consensuaron que el acuerdo fuera ampliado, poniendo la jueza como plazo para la entrega el 12 de octubre.

Es en esta audiencia en que se hace patente la tensión existente y las dificultades de las partes para lograr el cumplimiento del segundo acuerdo y la búsqueda de dar solución al problema de la atención primaria en los CeSACs. Los actores consideraban que no existía por parte de la demandada predisposición para trabajar en conjunto, por lo que el éxito de las mesas era cada vez más incierto y parecía que las instancias de diálogo habían llegado a su fin.

El 20 de octubre se presentaron la diputada Sánchez Andía y ACIJ para denunciar el incumplimiento del acuerdo por parte de la demandada y demandar que se ordenara la intervención informativa de la Subsecretaría de Salud Integrada del GCBA a fin de cumplir con el segundo acuerdo homologado. En él se denunciaba el “sistemático incumplimiento de la demandada a los acuerdos por ella asumidos y que fueran oportunamente homologados”<sup>18</sup>.

Ante este panorama, la demandada se comprometió a presentar el informe, lo que en días subsiguientes efectivamente hizo. Los actores consideraron que ese informe no contenía la información suficiente, por lo que decidieron presentar un contrainforme con aquella información que consideraban que hacía falta agregar.

De esta manera se reanudó el diálogo entre las partes, llevándose a cabo lo que configuraría la tercera mesa de trabajo en la búsqueda de un potencial tercer acuerdo.

Luego de esta primera etapa de diálogo, el proceso de ejecución del acuerdo homologado empezó a dar señales de estancamiento. En este contexto, las actoras denunciaron en reiteradas oportunidades los incumplimientos por parte de la demandada<sup>19</sup>.

En julio de 2012, luego de que se declarara abstracta la recusación presentada por el GCBA —ya que el Dr. Gallardo se encontraba de licencia por ejercicio de

---

18 Conforme surge de la denuncia de incumplimiento.

19 Entre otras, en la audiencia de fecha 21 de marzo como en la del 6 de junio de 2012 se ordenó a los organismos correspondientes que informaran qué tareas se habían realizado o se encontraban en ejecución para el cumplimiento del acuerdo y se aceptó los compromisos efectuados por el GCBA a fin de cumplir con las obligaciones a su cargo.

otro cargo- la causa volvió al Juzgado Nº 2, el cual en relación con esta causa se encontraba subrogado por la jueza Elena Liberatori. El proceso, que ya encontraba paralizadas sus instancias de diálogo, a partir del cambio de magistrado se desarrolló totalmente por los carriles clásicos, con preeminencia de comunicaciones escritas (dejando de realizarse las instancias de diálogo a las que se hizo referencia anteriormente).

Así, en agosto de ese año la jueza dictó una medida cautelar que ordenó al GCBA a presentar informes trimestrales de las acciones tendientes a dar cumplimiento con las obligaciones plasmadas en el acuerdo. Lo mismo sucedió en diciembre de ese año.

En diciembre de 2012 se presentó ACIJ denunciando la falta de presentación de los informes ordenando y solicitando que se intimara al Ministerio de Ambiente y Espacio Público para que llevara adelante las tareas tendientes a su cumplimiento. En marzo de 2013 ACIJ se presentó denunciando nuevamente el incumplimiento y solicitando, además, la apertura a prueba.

Finalmente, poco tiempo antes de la finalización del presente documento, el GCBA presentó los primeros informes, por lo que las actoras se encuentran analizando la información provista para determinar cuáles serán los pasos a seguir.

## **2. HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN RELATIVOS A LA EJECUCIÓN**

En esta sección nos proponemos analizar los temas que consideramos destacables en la investigación.

En este marco, la primera cuestión que presentaremos, a fin de plantear un marco de análisis de los siguientes dos temas, es la amplitud y la multiplicidad de objeto planteado por parte de los actores y la necesidad de su especificación a lo largo del proceso. En los procesos colectivos como el analizado, demandar algo tan general como “seguridad en villas” o “salud en villas” puede hacer problemáticos, al menos en principio, tanto el proceso para llegar a una sentencia como su posterior ejecución. Este tipo de objeto lleva a que los jueces vean con reticencia el intervenir, dado que los problemas planteados son complejos y estructurales, por lo que la solución, en consecuencia, debe ser un plan estructural de políticas públicas. Asimismo, en el caso existían múltiples objetos, tanto el de seguridad como el de salud, lo que podría haber resultado conflictivo a lo largo del proceso. Sin embargo, estos objetos que inicialmente parecían demasiado amplios y distintos fueron especificándose con el correr del proceso y con la intervención de las partes. Esta complejidad de los casos nos lleva a concluir

que no existen “recetas previas” para llegar a soluciones, sino que las medidas a tomar deben ser *ad hoc*, surgiendo en cada caso en particular a través de la interacción de las partes.

En conexión con el punto anterior y dada la complejidad de los casos, encontramos que el rol de los jueces en este caso fue distinto al rol del juez tradicional. Debido a la necesidad de encontrar respuestas estructurales, resultaba necesario que tanto la parte demandada (*i.e.*, distintos organismos de la Administración) como los demandantes participaran activamente y de manera cooperativa en la búsqueda de una solución. Eran las partes las que podían aportar la información necesaria y las que debían actuar posteriormente para lograr una progresiva solución del problema. Esto puso en cabeza del juez interviniente la difícil tarea de actuar de manera tal que las partes encontraran en el proceso un lugar adecuado para llevar adelante esta interacción, debiendo involucrarse en la ejecución de la sentencia (y lograr la intervención de las partes) de otra manera en el proceso.

Por último, consideramos importante analizar el rol de las partes en este tipo de procesos. Fueron ellas las que generaron, a través de instancias de diálogo, los acuerdos necesarios para dar solución a los distintos conflictos que iban planteándose en el proceso. Este lugar para el debate fue posible con la realización de mesas de trabajo. Este espacio fue el que permitió que las partes interactuaran y debatieran para arribar a acuerdos acerca de las medidas necesarias para llegar a una solución. Asimismo, consideramos que uno de los desafíos que continúan pendientes en estos procesos es lograr que las comunidades afectadas participen activamente a lo largo de ellos, tanto a la hora de establecer prioridades como en la elección de medidas tendientes al cumplimiento de lo acordado.

### **3. ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS RELATIVOS A LA EJECUCIÓN**

#### **3.1. DEL OBJETO DE LA DEMANDA. PROBLEMAS ESTRUCTURALES QUE REQUIEREN SOLUCIONES ESTRUCTURALES**

Como adelantamos, la primera cuestión que plantearemos es la amplitud del objeto de la demanda y la necesidad de especificación a través de la interacción de las partes en el proceso, así como el giro en el objeto.

Al momento de la ejecución se puede observar que lo que empezó como una pretensión por garantizar la seguridad en las villas de la Ciudad se centró, por

la incorporación como actores de los efectores de salud, vecinos y ACIJ, en la necesidad de garantizar el derecho a la salud.

En este proceso, la violación tanto del derecho a la salud como del derecho a la seguridad no era producto de una acción concreta de la Administración, sino que configuraba un problema estructural causado por la sistemática omisión del Estado de realizar las medidas necesarias para garantizar estos derechos a los habitantes de las villas.

Es importante destacar que la característica de objeto amplio no tuvo como consecuencia que una potencial sentencia resultara de imposible cumplimiento, mientras que fue indispensable que las partes especificaran, tanto a través de los pedidos de los demandantes como de las medidas posibles que podía llevar a cabo la Administración en respuesta a ellos, qué es lo que se pretendía del proceso.

Al momento de especificar qué medidas debían llevarse adelante resultó evidente que tanto la Administración como los actores no tenían en claro de qué manera se debía proceder para garantizar estos derechos. Así, resulta interesante cómo se organizó el trabajo para resolver, en primer lugar, las medidas que resultaban urgentes y luego avanzar en lo que, aunque era prioritario, resultaba más estructural y, por tanto, tomaría más tiempo.

En el proceso fueron identificándose las medidas particulares que debían llevarse a cabo para solucionar este problema tan general. Por ejemplo, el alumbrado de las calles y pasillos en las villas fue una medida tendiente a lograr el objeto de garantizar la seguridad y lo que se identificó que posibilitaría la entrada de las ambulancias del SAME en las villas.

Otra observación que vale hacer respecto del objeto del caso es que no existían medidas preestablecidas para lograr una solución. La interacción de las partes fue logrando identificar cuáles eran las políticas necesarias para lograr la reivindicación de los derechos, siendo la Administración (en muchos casos, varios organismos de ella) así como los afectados los que iban aportando la información necesaria para decidir qué medidas se debían llevar adelante.

En estos casos, las soluciones involucraron a muchos organismos del Estado (como el Ministerio de Ambiente y Espacio Público, el Ministerio de Seguridad, el Instituto de Vivienda de la Ciudad, etc.) y a las comunidades afectadas, por lo que las herramientas que generalmente se utilizan en casos individuales de violación de derechos parecieron no resultar efectivas.

Además, otro aspecto a destacar es el vuelco que se dio en el objeto de la pretensión por el cambio en el contexto y la intervención de nuevos actores a

partir de la demanda de los trabajadores de la salud, vecinos y ACIJ. Un caso que se había iniciado por un problema de inseguridad empezó a girar en torno a la prestación del derecho a la salud. Esto muestra dos cosas: la interrelación de los distintos derechos en juego y la necesidad de iniciar cambios estructurales para que se garanticen ambos derechos.

Una última cuestión para reflexionar respecto de la amplitud del objeto es la progresividad de las medidas específicas que tienden, en su conjunto, al cambio estructural o general necesario para la reivindicación de los derechos afectados.

En el caso analizado, algunas de estas medidas tendientes a la realización del derecho a salud fueron: la señalización de las calles –cuyos nombres fueron elegidos por los habitantes de las villas– para que las ambulancias pudieran localizar los lugares de donde provenían los llamados de emergencia; se creó un sistema de cooperación en que se designaron vecinos de las villas a quienes se entregaron chalecos para identificarlos como voluntarios del SAME, para que acompañaran a las ambulancias en caso de problemas de ubicación. Estas medidas fueron surgiendo a lo largo del proceso, siendo identificadas como una necesidad por los demandantes y llegando a acuerdos con la demandada para lograr su solución.

Con estas cuestiones en mente, consideramos necesario analizar los siguientes dos temas: el rol de los jueces y la actuación de las partes en el caso analizado.

### **3.2. ROL DE LOS JUECES. UN NUEVO PARADIGMA**

Luego de la investigación, pudimos observar que en el caso analizado el rol de los jueces fue distinto de aquel que desempeñan en otro tipo de casos, al menos en la primera etapa del proceso. Debido a la complejidad del objeto y a que se necesitaba la cooperación de las partes para arribar a una solución, el rol del juez parece asemejarse más al del “mediador o amigable componedor” que al del juez de los procesos individuales. Sin embargo, éste no debe ser un rol pasivo en que se deja a las partes negociar. Muy por el contrario, el juez sabe (y deja en claro a las partes en conflicto) que existe un derecho violado y que cuenta con las herramientas y el deber de revertir esta situación, pero procurando generar el espacio en que las partes cooperen en la búsqueda de posibles acuerdos.

En casos como el investigado, las soluciones necesarias para abordar el conflicto eran estructurales, estando en manos de la Administración la capacidad para llevar adelante estos cambios. Esto significa que es necesaria (o indispensable) la participación activa de la Administración no sólo para llevar adelante

las medidas tendientes al respeto de los derechos en juego, sino para proporcionar la información necesaria respecto de cuáles son las acciones factibles que pueden llevarse adelante para cumplimentar estas medidas.

En el caso pudimos observar cómo, debido a la falta de información, fue necesario que la Administración realizara informes acerca del estado de los Ce-SACs que se encontraban en las villas para luego avanzar en la búsqueda de la solución ante las falencias. Asimismo, las partes tuvieron la oportunidad de controvertir la información provista por la Administración.

Esto pone al juez en una posición desafiante: se le demanda que modifique una situación de violación de derechos que es clara (incluso para la parte demandada) y para decidir cuál es la mejor manera (e, incluso, la forma viable respecto, por ejemplo, de temas presupuestarios o de infraestructura) en que se puede lograr el respeto de los derechos en juego, necesita la colaboración de la parte demandada, de la Administración (muchas veces, de varios funcionarios de distintos Ministerios).

Luego del análisis del caso consideramos que el rol del juez en ciertos casos puede ser el de “acompañamiento”, sin quedarse en un lugar neutral, pero creando una situación propicia para que las partes puedan interactuar en la búsqueda de posibles acuerdos. Para lograr este objetivo, y teniendo en cuenta la necesidad de que el Estado en sus distintos órganos participe en esta empresa, consideramos que es necesario que el juzgado no sea percibido como un lugar de amenaza y hostilidad hacia la parte demandada, sino como un espacio de diálogo, partiendo de la suposición (pudiendo probarse lo contrario) de que las partes actúan de buena fe<sup>20</sup>.

Encontramos poco probable que la Administración actúe cooperativamente cuando se encuentra frente a resoluciones que ordenan medidas ambiciosas, que obligan a la Administración a tomar decisiones inmediatas y específicas, bajo amenaza de usar las facultades coercitivas si éstas son incumplidas.

La segunda jueza interviniente parece haber generado un espacio en que las partes tenían la posibilidad de dialogar en la búsqueda de una solución conjunta, lo que parece haber permitido que se trabajara en conjunto en la búsqueda de los sucesivos acuerdos. Debe aclararse que este espacio fue posible porque la demandada en esa instancia tuvo una actitud abierta al diálogo, dispuesta a modificar políticas públicas y a asumir compromisos.

---

20 En cuanto a los detalles del rol de juez, y por cuestiones de espacio, nos remitimos al trabajo sobre mecanismos deliberativos en los procesos de ejecución de sentencias realizado en el marco de esta misma investigación.

A partir de esta posibilidad de diálogo, la Administración participó de las audiencias y las mesas de trabajo a las que fue citada. Asimismo, esta participación no se limitó a representantes del Ministerio de Salud, quienes fueron convocados en un principio, sino que, a medida que se identificaban nuevas necesidades, fueron participando los organismos que podían responder a ellas (p. ej., representantes del Ministerio de Ambiente y Espacio Público, el Ministerio de Seguridad y el IVC).

No debe interpretarse que el juez en este rol se posiciona en un lugar neutral y timorato, incapaz de usar las herramientas que tiene a su disposición para arribar a la resolución del conflicto y dejando que las partes busquen por sí solas una posible solución a través de la negociación. En este escenario, siempre los demandantes se encontrarán en una posición de inferioridad de poder, quedando a merced de lo que la Administración decida que es conveniente ceder a las partes (que podemos suponer, al menos en principio, serán medidas poco costosas para el Estado y que no modifiquen su agenda), sin lograr lo que los procesos pretenden, que es una reivindicación de los derechos en juego. Sin embargo, consideramos que a través de un proceso que busque la conciliación y el acuerdo entre las partes se puede obtener progresivamente avances en la efectividad de los derechos, mientras que ante sentencias judiciales se pueden obtener amplios reconocimientos de derechos de difícil implementación.

Un punto esencial para que la actuación del juez logre el rol anteriormente mencionado es la necesaria dedicación de tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular. Resultó evidente a lo largo de la investigación que este tipo de procesos no tiene soluciones inmediatas, sino que son resultado de un curso (generalmente extenso) y de medidas intermedias tendientes al cumplimiento del objeto general.

Un método que ha dado resultados positivos a lo largo del proceso y que consideramos importante remarcar es el uso de audiencias. En el caso analizado podemos trazar una diferencia entre la primera audiencia y las que le siguieron, así como la función que cumplió cada una de ellas en el proceso.

La primera fue una audiencia pública multitudinaria a la que concurrieron más de 300 personas, la mayoría de ellos en representación de los demandantes (vecinos, trabajadores de la salud) y la Procuración y el Dr. Russo en representación de la demandada, ausentándose los demás Ministros que habían sido citados. Esta audiencia se llevó a cabo en el momento en que el conflicto por la falta del servicio a la salud se encontraba en su punto más álgido y sirvió para dar visibilidad al conflicto. Ella parece haber mostrado a la Administración la

necesidad de dialogar en búsqueda de una solución y para poner el tema en la agenda pública.

En conexión con este punto, el rol de los medios de comunicación parece haber sido importante. El hecho de que el conflicto tomara publicidad verosímelmente ha influido para que la Administración decidiera sentarse a dialogar. Asimismo, la posibilidad de que se intervinieran los organismos del SAME y el Ministerio de Salud, aun cuando se tratara de una intervención informativa, y la eventualidad de que esto saliera en los medios parecen haber jugado un rol relevante como carta de negociación para los actores.

Así, resulta destacable cómo en el momento del dictado de la cautelar distintos medios, entre ellos el Centro de Investigación Judicial, titularon sus noticias haciendo alusión a que se “había decretado la intervención judicial del SAME”, dando notoriedad al conflicto. Asimismo, luego del segundo acuerdo, cuando los actores denunciaron el incumplimiento por parte de la demandada, se pidió que se realizara la intervención informativa del Ministerio de Salud, lo que parece haber influido para que se reanudara el diálogo.

Al asumir la segunda jueza, las características de las audiencias cambiaron tanto como el contexto. En ese momento el nivel de conflicto había bajado considerablemente debido a que se habían reabierto todos los CeSACs. Así, la jueza decidió realizar las audiencias cerradas, citando a menos participantes, tal es así que ACIJ, en un principio, no fue citada a la primera audiencia solicitada por aquélla.

La segunda audiencia y las subsiguientes se realizaron con menos participantes. Estas audiencias sirvieron para generar una instancia en que las partes expresaran los avances y, en los momentos en que existían desacuerdos, fuera posible zanjar esos conflictos.

Una de las características más relevantes de las audiencias fue la inmediatez. Esto se ve reflejado en la posibilidad de que las partes denunciaran cualquier tipo de incumplimiento, de resolver problemas de interpretación respecto de acuerdos pasados, de realizar nuevos acuerdos, etc., y que todo esto se produjera sin la dilación característica del proceso escrito. Además, el juez, cumpliendo el rol que anteriormente describimos, tiene la capacidad de dirigir la audiencia logrando una dinámica tendiente al arribo de soluciones y de conciliación en los momentos en que las partes parecen dirigirse a romper el diálogo.

Así, al asumir la tercera jueza, volver el proceso a instancias de intercambios escritos y ante el cambio de funcionarios interlocutores en el caso, pudo observarse un estancamiento en el proceso de cumplimiento del acuerdo homologa-

do. En esta tercera etapa judicial no se ha verificado un avance sustancial en la ejecución de los compromisos asumidos, lo que puede abonar la hipótesis de que este tipo de práctica judicial no resulta satisfactorio en casos como el estudiado.

### **3.3. EL ROL DE LAS PARTES. LA REALIZACIÓN DE MESAS DE TRABAJO**

El último tema que analizaremos es el rol de las partes y las posibilidades de diálogo que ofrece la realización de mesas de trabajo en estos procesos.

Es especialmente indispensable en estos procesos la predisposición de todas las partes para arribar a una solución, dado que es necesario que muchos organismos de la Administración y las comunidades afectadas cooperen para identificar y realizar en conjunto las medidas tendientes al cumplimiento de los resultados buscados.

Dada la generalidad del objeto, van surgiendo nuevos actores que deben intervenir para dar solución a los distintos problemas que se van identificando a lo largo del proceso. En el caso, fueron las mesas de trabajo el ámbito que permitió instancias de diálogo y discusión entre los diferentes actores involucrados para arribar a acuerdos tendientes a la resolución de los conflictos.

Estas mesas se basaron en un trabajo conjunto de participación y deliberación entre todos los actores y los distintos representantes de la demandada, en un ámbito extrajudicial, que permitió la concreción de dos acuerdos e involucró el accionar de diferentes órganos de la Administración y de las comunidades afectadas.

Cabe destacar que no se conocía de antemano qué organismos iban a participar de las mesas de trabajo, sino que ellos fueron surgiendo a medida que se identificaban los diferentes problemas que necesitaban una solución específica. Así, resulta indispensable que a las distintas mesas de trabajo sea citada y participe el área de la Administración que cuente con la capacidad de dar solución a cada tema en particular y se debata con los distintos actores la mejor manera de arribar a una solución conjunta.

Además, la participación de distintos Ministerios y los encargados de dar solución a cada problema permite que éstos contribuyan con sus conocimientos específicos a la hora de solucionar los problemas. Es de esperar que, tanto el juez como los demandantes, desconozcan información respecto de los plazos o la viabilidad de tomar ciertas medidas para la solución de los conflictos. Esta información es conocida y puede ser aportada (partiendo de que las partes tienen buena fe) por la demandada, funcionando los demandantes como con-

tralor de esta información y, de objetar alguna de la información provista por el Estado, debiendo el juez zanjar estas disputas.

Así, es esperable que la Administración sea más proclive a cumplir medidas de cuya adopción fue partícipe a aquellas impuestas de manera unilateral. Asimismo, desaparece la posibilidad de que la demandada esgrima los muy comunes argumentos de falta de razonabilidad en las decisiones adoptadas (por ejemplo, por los plazos impuestos) para justificar el incumplimiento.

Además, es interesante resaltar que, debido a que las demandas de los distintos actores eran, en principio, distintas (salud y seguridad), fue necesario que ellos acordaran cuáles serían las prioridades que intentarían resolverse, generando una agenda y un trabajo conjunto.

Igualmente, es necesario destacar que este mecanismo de mesas de trabajo ha funcionado teniendo en cuenta tres características que se dieron en el caso analizado:

1. Principio de aceptación del incumplimiento y cierta voluntad por parte de la Administración para arribar a un acuerdo;
2. Las demandas realizadas a la Administración no resultaban demasiado costosas, tanto en términos políticos como económicos (podríamos suponer que el punto 2 es causa del 1).
3. Predisposición de los organismos intervinientes para cumplir con los compromisos asumidos.

Dada su importancia, es posible advertir que cuando no se presentan estas características puede resultar más dificultoso el éxito de estos mecanismos de diálogo.

Esto pudo observarse cuando se llevaban adelante las medidas tendientes al cumplimiento del segundo acuerdo. Cuando la Administración no mostró predisposición para actuar en la búsqueda de una solución, el éxito de las mesas de trabajo corrió peligro, y esto parece deberse a que las medidas requeridas para este cumplimiento demandaban más de la Administración (en costos económicos) que aquellas necesarias para la primera.

Un desafío que queda pendiente en estos procesos es el de generar instancias para la participación y la información de los afectados, tanto en el establecimiento de prioridades como en la toma de decisiones. Pudo observarse cómo al inicio del proceso, cuando el conflicto se encontraba en su nivel más alto y las necesidades de los afectados eran de carácter urgente, el interés de los afecta-

dos por el proceso era alto. Una vez que fue solucionándose lo más prioritario (se reabrieron los CeSACs y las ambulancias empezaron a entrar en las villas), el interés, tanto de los vecinos de las villas como de los trabajadores de la salud, fue disminuyendo. Es todavía un desafío que estas instancias de participación e información se lleven a cabo, tanto durante el proceso como al momento de ejecutar la sentencia.

Un mecanismo posible son las mesas de diálogo en que participen vecinos afectados. Otra posibilidad es que el juez realice comunicados a los afectados, en un lenguaje llano, a través de los cuales los mantenga informados acerca de las distintas decisiones que se toman para el cumplimiento del objeto y la consecución de las pretensiones originales de la demanda.

---

Este ejemplar se terminó de imprimir en Primera Clase Impresores,  
California 1231, C.A.B.A., Buenos Aires, Argentina.  
Tirada: 1250 ejemplares.

---

El principal objetivo de este libro es contribuir a la discusión de nuestra comunidad jurídica local sobre las posibles formas de hacer efectivas las resoluciones judiciales en causas en las que están involucrados derechos económicos, sociales y culturales, a través del aporte de elementos tanto teóricos como prácticos que enriquezcan a los actores y operadores del sistema institucional y judicial.

Nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional consagran los derechos sociales. También la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires contiene una robusta protección de ellos, al tiempo que asume el compromiso de desarrollar políticas sociales para promover el acceso a los servicios públicos para quienes tienen menores posibilidades.

Sin embargo, la realidad muestra que muchas son las personas que no tienen garantizado el acceso a la salud, la alimentación, la educación y/o la vivienda, y que las políticas públicas diseñadas e implementadas por los poderes políticos no siempre son idóneas para la concreción acabada de los derechos sociales. Ello ha tenido como consecuencia su demanda a través del Poder Judicial, a través de acciones judiciales ante el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este contexto, en 2010 la Asesoría General Tutelar y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia realizaron una jornada sobre el *“Estado de situación de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad de Buenos Aires”*, luego de la cual decidieron continuar estudiando la problemática. Para ello, en mayo de 2011 celebraron un convenio de cooperación y asistencia mutua a fin de realizar una investigación que se enfocó en los desafíos que presenta en nuestra Ciudad la implementación de sentencias judiciales colectivas en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que dio lugar a esta publicación.

