

# Contenido

**pensar**JUSBAIRES

AÑO III. Nº 9 | SEP. 2016

## EDITORIAL

LA IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN EL ESTADO ..... 3

**ENZO LUIS PAGANI**

## HOMENAJE

FUNDACIÓN MÍTICA DE BUENOS AIRES ..... 5

**JORGE LUIS BORGES**

## OPINIÓN

FALTAS AMBIENTALES EN JURISDICCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES ..... 6

**JORGE FRANZA**

## OPINIÓN

REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DEL JUEZ CONTENCIOSO EN  
UNA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....14

**FERNANDO E. JUAN LIMA**

## OPINIÓN

EL FLUJO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....22

**DANIEL HERRENDORF**

## OPINIÓN

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS LÍCITOS .....26

**MARIA GABRIELA BUSELLINI**

## OPINIÓN

EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ..... 40

**MARÍA SOLEDAD ALPOSTA**

## INFORME

CARTA MUNDIAL POR EL DERECHO A LA CIUDAD .....48

## INFORME

PRINCIPIOS RECTORES PARA UNA CIUDAD POR LOS DERECHOS HUMANOS..... 60

## FOTOREPORTAJE

LA LEGISTATURA PORTEÑA .....62

**EUGENIA MARÍA REDONDO**

REVISTA

**pensar** JUSBAIRES

AÑO III. Nº 9 | SEP. 2016

DIRECTORA

Dra. Alicia Pierini

COMITÉ ASESOR

Dr. Horacio Corti

Dra. Marta Paz

Dr. Gustavo Ferreyra

REDACCIÓN

Nancy Sosa

DISEÑO Y PRODUCCIÓN

Editorial JusBaires

Diag. Julio A. Roca 530

[www.editorial.jusbaires.gob.ar](http://www.editorial.jusbaires.gob.ar)

Pensar JusBaires

Bolívar 177, 1º piso

[www.pensar.jusbaires.gob.ar](http://www.pensar.jusbaires.gob.ar)

Desarrollado por la Dirección de Informática y Tecnología del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

**DNDH Nº 5255764**

Impresa en Casano Gráfica S.A.  
Ministro Brin 3932 (B1826DFY) Remedios de Escalada.  
Buenos Aires - Argentina  
Tel/Fax: 005411 42495562



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

AUTORIDADES

PRESIDENTE

Enzo Pagani

VICEPRESIDENTE

MARCELO VAZQUEZ

SECRETARÍA

Carlos Esteban Mas Vélez

CONSEJEROS/AS

LIDIA LAGO

Marcela Bastera

Alejandro Fernández

Vanesa Ferrazzuolo

Juan Pablo Godoy Vélez

DARÍO REYNOSO



# LA IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN EL ESTADO

Nuestro joven Poder Judicial creado constitucionalmente hace veinte años, transita por un momento histórico que coincide con un movimiento cultural de apertura de las Instituciones hacia la sociedad, plasmado tanto a nivel nacional como a nivel global.

La Ciudadanía en su conjunto demanda mayor transparencia en los actos del Estado y desde la Justicia tenemos que estar a la altura de ese requerimiento para poder dar respuestas concretas.

Es fundamental para la Democracia, que la sociedad confíe en su Justicia, y para ello es

prioritario trabajar denodadamente en herramientas prácticas y canales de comunicación directos que garanticen los mayores y mejores niveles de transparencia de sus actos.

En ese sentido desde el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desarrollamos la plataforma Jusbares mediante la cual los ciudadanos pueden acceder libremente a una serie de datos relevantes a la hora de comprender los movimientos del Poder Judicial de la Ciudad. De este modo es el ciudadano quien





tiene la posibilidad, si así lo quisiera, de auditar y controlar las decisiones de quienes tenemos la responsabilidad de administrar esta institución.

Sin lugar a dudas, esta herramienta no es suficiente para satisfacer la demanda popular ni el objetivo de fondo que nos hemos propuesto en términos de garantizar la transparencia y el acceso a la información pública. En consecuencia, es muy importante trabajar y desarrollar aún más el concepto de Estado Abierto, abordándolo de manera conjunta con los otros Poderes del Estado entendiendo que la transparencia es transversal a todos.

Por ello, debemos ponderar la labor de organizaciones del tercer sector que con seriedad llevan adelante la encomiable tarea de aportar herramientas de medición, horas de investigación y transmisión de conocimientos, para mejorar la transparencia del Estado en su conjunto, intentando erradicar las malas prácticas de algunas personas que confunden lo público con lo propio.

Nuestra vocación y voluntad de abrir este Poder del Estado a la gente, nos demanda predicar con el ejemplo, siendo ésta la manera más eficaz de profundizar la confianza de las personas en la Justicia, como así también, rodearnos de instituciones que brindan seguridad en términos de integridad intelectual, ética y moral.

Durante este mes de agosto hemos realizado una jornada muy importante en esta materia, para la cual contamos con la participación especial del Dr. José Sanchez Ugaz Moreno, Presidente de Transparency Internacional, organización que trabaja activamente desde hace muchos años en pos de eliminar la corrupción en los Estados, con el objetivo de hacer un aporte más al cambio cultural del cual comencé hablando en este editorial.

La transparencia no es simplemente un postulado, sino fundamentalmente la elección de una conducta a seguir que en el caso de quienes tenemos la responsabilidad de tomar decisiones públicas, se torna una obligación.

#### **DR. ENZO LUIS PAGANI**

Presidente

Consejo de la Magistratura Ciudad Autónoma de Buenos Aires

¿Y fue por este río de sueñera y de barro  
que las proas vinieron a fundarme la patria?  
Irían a los tumbos los barquitos pintados  
entre los camalotes de la corriente zaina.

Pensando bien la cosa, supondremos que el río  
era azulejo entonces como oriundo del cielo  
con su estrellita roja para marcar el sitio  
en que ayunó Juan Díaz y los indios comieron.

Lo cierto es que mil hombres y otros mil arribaron  
por un mar que tenía cinco lunas de anchura  
y aún estaba poblado de sirenas y endriagos  
y de piedras imanes que enloquecen la brújula.

Prendieron unos ranchos trémulos en la costa,  
durmieron extrañados. Dicen que en el Riachuelo,  
pero son embelecocos fraguados en la Boca.  
Fue una manzana entera y en mi barrio: en Palermo.

Una manzana entera pero en mitad del campo  
expuesta a las auroras y lluvias y sudestadas.  
La manzana pareja que persiste en mi barrio:  
Guatemala, Serrano, Paraguay y Gurruchaga.

Un almacén rosado como revés de naipe  
brilló y en la trastienda conversaron un truco;  
el almacén rosado floreció en un compadre,  
ya patrón de la esquina, ya resentido y duro.

El primer organito salvaba el horizonte  
con su achacoso porte, su habanera y su gringo.  
El corralón seguro ya opinaba Yrigoyen,  
algún piano mandaba tangos de Saborido.

Una cigarrería sahumó como una rosa  
el desierto. La tarde se había ahondado en ayer,  
los hombres compartieron un pasado ilusorio.  
Sólo faltó una cosa: la vereda de enfrente.

**A mí se me hace cuento que empezó Buenos Aires:  
La juzgo tan eterna como el agua y el aire.**

# JORGE LUIS BORGES FUNDACIÓN MÍTICA DE BUENOS AIRES

# FALTAS AMBIENTALES EN JURISDICCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

JORGE FRANZA\*

## INTRODUCCIÓN

Es menester señalar que **el régimen de faltas se encuentra inserto en el Derecho Administrativo Sancionador, y no dentro del Derecho Penal, por lo que no corresponde la aplicación de la teoría del delito**, justamente propia del derecho penal, a este ámbito en particular.

Sobre el punto, autorizada doctrina como Nieto especifica que: *“el régimen de faltas se encuentra inserto dentro del Derecho Administrativo Sancionador y no dentro del Derecho Penal, ya que los intereses protegidos por las normas sancionadoras, se refieren por lo general a intereses colectivos, generales y públicos. Cuando hablamos de intereses y bienes generales, lo más importante no es el resarcimiento del daño, sino evitar que ese daño se produzca, y precisamente lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es que el daño no se produzca, y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo que es el verdadero objetivo de la política represiva”*.

En forma coincidente, se pronuncia Balbín, postulando: *“cabe preguntarse si es prudente distinguir entre ambas ramas del conocimiento jurídico o, lisa y llanamente, y sin más vueltas, volcar el Derecho sancionador en el marco del Derecho Penal. Creemos que no es razonable ese traspaso por dos argumentos. Primero, el entramado jurídico vigente nos muestra un régimen sancionador exuberante, complejo, y propio, ubicado en el contexto del Derecho Administrativo y, en un lugar distinto, el Derecho Penal. Segundo, el régimen sancionador es autónomo del Derecho Penal y lejano a éste (...) Entendemos que el Derecho sancionador debe crear sus propias técnicas y consecuentemente reemplazar los instrumentos prestados por el Derecho Penal”*.

Finalmente, enfatizando la autonomía y especialidad propias del derecho administrativo sancionador, donde campea la prevención como principio rector del sistema, explica Maljar que, a diferencia de la responsabilidad penal, donde se exige la verificación de un daño concreto, *“el derecho administrativo sancionador es fundamentalmente un derecho preventivo al intentar*

\* Juez de Cámara Penal, Contravencional y Faltas de CABA. Presidente de la Sala III. Abogado especializado y Doctor de la UBA en Ciencias Jurídicas y Sociales, Master por la Universidad del País Vasco. Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho UBA.



*impedir que la lesión a los bienes jurídicos se efectivice. La transgresión por lo tanto, es el incumplimiento de un deber legal desconectado de sus eventuales consecuencias, es decir el derecho sancionador es esencialmente de “prevención de riesgos” al existir una situación de “peligro potencial”.*

#### La cuestión ambiental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Debe tenerse especialmente en cuenta que la cuestión ambiental no suscita sólo una mutación disciplinaria, sino también epistemológica.

**El paradigma ambiental reconoce como sujeto a la naturaleza y, sabiendo que ésta en peligro, está dispuesto a limitar los derechos individuales, transitando un camino inverso que parte de lo colectivo para llegar a lo individual. Sostiene un nuevo escenario de conflictos entre bienes pertenecientes a la esfera colectiva -ambiente- e individuales, dando preeminencia a los primeros.**

En este paradigma, la preservación del ambiente es la regla de oro, de manera tal que los derechos fundamentales individuales en esta área deben ser interpretados de modo tal que

coordinadamente no conspiran contra el deterioro de tales bienes colectivos.

El derecho al ambiente ha sido explicitado tanto en la Constitución Nacional (artículo 41) como en la de la Ciudad Autónoma, que dedica todo un capítulo al tema.

El citado artículo 41 de la Constitución Nacional dispone que: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (...). Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.”*

Del tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional surge claramente la distribución de competencias en materia ambiental.

Dicha norma contiene un deslinde de competencias entre la Nación y las Provincias y,

por extensión, entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud del cual corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y, a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

**Cabe destacar que la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal sólo en lo referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las provincias conservaron atribuciones para complementar y extender el resguardo ambiental (art. 121 de la C.N.).**

Dictada la norma de presupuestos mínimos, las provincias pueden complementarla y también están habilitadas para establecer mayores niveles de protección, es decir: fijar estándares más severos.

La aplicación concreta de toda la legislación, sea nacional o local, es decir, el efectivo ejercicio de la función de policía, corresponde a la provincia, mediante la gestión de sus órganos administrativos ambientales y a través del funcionamiento de sus poderes judiciales.

Por otra parte, en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 26 dispone que **el ambiente es patrimonio común y establece el derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo, agregando que toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar y que el daño ambiental conlleva la obligación de recomponer.**

A su vez, el artículo 27 dispone que la Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano y promueve, entre otros fines, la protección, el saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata, de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos (inciso 6), así como la regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos que comporten riesgos (inciso 10).

## El poder de policía

Prioritariamente, debemos señalar que **el artículo 75, inciso 30 de la Constitución Nacional dispone que la Nación tiene competencia para dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la república, siendo que las autoridades provinciales y municipales conservan los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.**

En el mismo sentido, esta Sala ha sostenido que: *El poder de policía de cada jurisdicción territorial es local (nación, provincia o municipio); conservando las provincias todo el poder no delegado al gobierno federal y el que expresamente se reservaron por pactos especiales al tiempo de su incorporación (art.121 C.N.) y a tal efecto se dieron sus propias constituciones locales y se rigieron por ellas, sancionando para sí una Constitución, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías que aseguren su administración de justicia, régimen municipal y educación primaria (art.5,122 y 123 C.N.)*

*Por su parte, el art.129 de la CN reformada en 1994 estableció, en igualdad de condiciones, que la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por su propio pueblo.*

*En cumplimiento de ese mandato, el 1 de octubre de 1996 la C.A.B.A. sancionó su constitución.*

## El rol del Juez en un Proceso Ambiental

**Cabe destacar específicamente que en el proceso ambiental el juez cumple un papel esencial en el control de**

---

**Cabe destacar que la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal sólo en lo referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las provincias conservaron atribuciones para complementar y extender el resguardo ambiental (art. 121 de la C.N.).**

---

**constitucionalidad de los actos (u omisiones) públicos y privados.**

En su rol, debe velar por el cumplimiento de las normas constitucionales que contemplan los derechos fundamentales que hacen a la protección del medio ambiente.

El juez ambiental está “interesado” o “comprometido” con la protección del ambiente natural y humano y sus sentencias deben ajustarse a la legalidad constitucional. El juez ambiental tiene amplias facultades para su cometido, pero esas facultades debe aplicarlas desde una posición “proactiva”.

**El trámite de los procesos ambientales debe ser, sin restricciones de ningún tipo, rápido y expeditivo, sencillo y eficaz; debe buscarse una celeridad compatible con las garantías del debido proceso.**

Sobre el particular, el art. 32 de la ley 25.675 dispone que: *“La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aún con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia,*

*aún sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá asimismo disponerlas, sin petición de parte”.*

**Todo aquello que supone una situación de peligro para el ecosistema es una situación de riesgo que compromete el ambiente, y es un ataque a los bienes colectivos o individuales, y al patrimonio de las generaciones venideras. La agresión al ambiente entraña riesgos que deben ser evaluados como tales, que deben cesar o que, en el peor de los casos deberán ser reparados, restaurando en lo posible lo dañado.**

**ALGUNOS TEMAS, CASOS Y FALLOS**

En mi condición de magistrado de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, he tenido oportunidad de fallar en varios temas vinculados a la protección del medio ambiente, en materia de contravenciones. Creo importante mencionar dos expedientes, donde se han podido plasmar los principios precautorio y preventivo, a través de un rol activo y comprometido por parte del juez interviniente en el proceso ambiental.

**1.-** El primero de ellos es el caso *“INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR - CLAUSURA- en la causa CAPRIA, JOSE ANTONIO s/infr. art. 54,* colocar o arrojar sustancias insalubres o cosas dañinas en lugares públicos, Incidente

de medida cautelar - CC” (causa n° 31095-00-00/09, rta. por la Sala III el 9/12/09).

**Hechos:** Ante la presunta infracción al art. 54 del C.C. (Ley 1.472) por parte de la firma Capria Hnos. S.A. (dedicada a la actividad de lavado, limpieza y reciclado de tambores), personal de la Dirección General de Medio Ambiente procedió a la clausura preventiva de la firma por falta de documentación, extrayendo muestras de agua del desagüe a fin de constatar si poseían sustancias contaminantes y/o peligrosas, según lo estipulado en la Ley 24.051, cautelar que fue convalidada por la Sra. Juez interviniente.

A raíz de la apelación de la defensa, la Sala que en ese momento integraba resolvió confirmar la clausura preventiva ordenada, en el entendimiento que la *a quo* la había dispuesto acertadamente, previa verificación de todos los requisitos legalmente previstos en el art. 29 de la Ley de Procedimiento Contravencional. (Ley 12) a saber: 1) la existencia de un proceso contravencional con cierto grado de verosimilitud en la imputación, tal como se exige en toda medida cautelar; 2) la verificación de un peligro inminente para la salud o seguridad públicas, derivado de dicha imputación; 3) la acotación de la medida a los límites estrictamente necesarios y 4) su provisionalidad.

En efecto, tuvimos en consideración que la *a quo* había aplicado los principios preventivo y precautorio, positivizados en el art. 4 de la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente), porque en una causa donde se analiza la posibilidad de que residuos arrojados en la vía pública puedan resultar contaminantes deviene imperativo adoptar medidas previas a la concreción del daño, pues se desconoce qué tipo de consecuencias en la salud puede provocar el accionar de la firma imputada.

Por otro lado, y también en aplicación de los principios engarzados en la Ley General del Ambiente, más específicamente el art. 32, al confirmar la clausura preventiva, tomamos un rol activo en la protección del ambiente, sugiriendo al contraventor cuáles eran las medidas que podía llevar a cabo para revertir la situación

que generó la clausura y de esa forma proteger el medio ambiente.

Entre otras, se le propuso que regularizara sus instalaciones cloacales y pluviales, independizándolas entre sí y cumpliera en forma integral con la normativa vigente en materia de acopio de residuos peligrosos y Evaluación de Impacto Ambiental (Ley 123).

**2.-** Otra de las causas, que incluso tomó gran repercusión en los medios de comunicación masivos, fue la clausura del campo del estadio del **Club Atlético River Plate**, para la realización de espectáculos públicos.

Se trata del expediente n° 44476-00-00/09, caratulado “*CLUB ATLÉTICO RIVER PLATE, (CARP) y otros s/ infr. art. 96, Omitir recaudos de organización y seguridad respecto de un espectáculo masivo -CC*”, (rto. 29/01/10 por la Sala de Feria, con la integración del suscripto y la Dra. Silvina Manes).

**Hechos:** La fiscalía interviniente solicitó la clausura preventiva del Estadio River Plate, en los términos del art. 29 de la L.P.C. (Ley 12), atento el incumplimiento de los recaudos de organización y seguridad exigidos por la legislación vigente, tal como la evaluación de impacto ambiental previsto en la Ley 123, es decir: consideró que existía una omisión de evaluación de los efectos de los eventos artísticos masivos que ponen en riesgo cierto e inminente la salud y seguridad de la población. Entendió acreditado, con el grado necesario para esa etapa del proceso, los estándares exigidos para la adopción de la cautelar solicitada: la existencia de la contravención y el inminente peligro para la seguridad y la salud pública.

Sin perjuicio de ello, la jueza a cargo del expediente estimó que dichos extremos legales no se hallaban acreditados, motivo por el cual resolvió denegar la medida solicitada.

Seguidamente, ante la apelación de la fiscalía, tomó intervención la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A., que, previo ordenar una inspección ocular del estadio en una noche de pleno recital, revocó el pronunciamiento

---

**Todo aquello que supone una situación de peligro para el ecosistema es una situación de riesgo que compromete el ambiente, y es un ataque a los bienes colectivos o individuales, y al patrimonio de las generaciones venideras. La agresión al ambiente entraña riesgos que deben ser evaluados como tales, que deben cesar o que, en el peor de los casos deberán ser reparados, restaurando en lo posible lo dañado.**

---

atacado, en cuanto fuera materia de agravio. Para resolver de tal modo, entendió que sí se verificaban los requisitos del art. 29 de la L.P.C. (Ley 12), interpretándolos ampliamente desde la óptica específica del derecho ambiental, con plena aplicación de los principios preventivo y precautorio.

En ese orden de ideas, es preciso destacar que, en la inspección ocular referida, se recorrieron los inmuebles vecinos, donde se constató que, en momentos en que los asistentes al recital hacían “pogo”, los muebles de las viviendas experimentaban vibraciones y oscilaciones perceptibles a simple vista, pudiéndose escuchar inclusive el campaneó de la cristalería, todo lo cual patentemente generaba una perturbación psíquica en los moradores.

Debido a lo antedicho se interpretó la verificación de una afectación a la salud, entendida en forma amplia, conforme los lineamientos de la OMS.

Es interesante poner de resalto también que, en virtud de la sentencia de mención, el Gobierno de la Ciudad realizó el correspondiente estudio de impacto ambiental, con la presencia del entonces Ministro de Espacio Público porteño, Diego Santilli, el 8 de septiembre de dicho año. En esa oportunidad, efectuaron un simulacro de “pogo”, saltando sobre el campo, unas doscientas mujeres, a fin de verificar la resistencia

de siete diferentes tipos de cubre-pasto, con el objeto de determinar cuál de ellos generaba menor cantidad de vibraciones. Como resultado, en informe correspondiente reveló que, de los siete pisos sobre los que saltaron las pogueas ese día, la alfombra de pasto sintético y el cubreplast fueron los que más mitigaron las vibraciones de los saltos. En efecto, si bien lo hicieron en un 40 ó 50%, no llegaron a disminuir las vibraciones para alcanzar el límite permitido, que es de 0,13.

Como consecuencia de ello, en los sucesivos recitales se colocaron sillas o butacas sobre el campo de juego, impidiendo de ese modo que se ejercitara “el pogo”.

**3.-** También en mi condición de magistrado he tenido posibilidad de expedirme con relación a faltas que afectaban el medio ambiente, pudiendo aplicar los principios generales extractados en la Ley General de Ambiente (nº 25.675).

En los autos “TRANSPORTE RIVAS Y CIA, SA s/infr. art. 4.1.1.2, Habilitación en infracción - Ley 451” (causa Nº 16984-00-00/09, rta. por la Sala III el 10/11/09), la firma Transporte Rivas S.A. resultó condenada, entre otras infracciones, por no haber exhibido certificado de aptitud ambiental, ni constancia de trámite; por no exhibir inscripción como generador de residuos peligrosos ni pago de tasa, planos de instalaciones electromecánicas; por poseer matafuegos

vencido y no poseer rejilla perimetral en zona de carga-descarga de combustible a cámara interceptora decantadora en caso de derrame y acopio de residuos peligrosos a la intemperie.

Contra dicho pronunciamiento, la Defensa dedujo recurso de apelación y la fiscalía de cámara se presentó, aclarando que, por encontrarse comprometido el interés general, en especial el derecho a gozar de un ambiente sano, el Ministerio Público Fiscal debía tomar activa intervención. En ese marco, se expidió la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que integro, confirmando la sentencia atacada, en todo cuanto fuera materia de agravio.

Para así resolver, aplicó sustancialmente la Ley 123, especificando su contexto normativo, a saber: la Constitución Nacional, reformada en 1994, conjuntamente con los instrumentos internacionales vigentes en la materia y la Constitución de la Ciudad. En cuanto a los fundamentos esenciales del fallo, la Sala entendió que la empresa Transportes Rivas y Cía. S.A. no podía invocar una habilitación para alegar derechos adquiridos cuando se compromete la salud pública (criterio sentado en la causa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados: “*Saladeristas, Podestá c/ Provincia de Buenos Aires*, rta. el 15/05/87) y, por lo tanto, debía cumplir con la presentación de un estudio técnico de impacto ambiental, más aún siendo que las actividades desarrolladas resultaban presumiblemente “de relevante impacto”, sin que escapara a la Sala la circunstancia de que la firma no se encontraba inscripta como generadora de residuos peligrosos, de conformidad con la Ley 2214 y su decreto reglamentario N° 2020.

Asimismo, se enfatizó la autonomía y especialidad propias del derecho administrativo sancionador, donde campea **la prevención como principio rector del sistema: esencialmente la “prevención de riesgos” al existir una situación de “riesgo potencial”**.

Por otra parte, se hizo especial mención a la responsabilidad de las personas jurídicas, atento que la firma condenada resulta ser una persona

de existencia ideal. En párrafo aparte se destacó que, siendo la cuestión bajo estudio una temática ambiental, eran las reglas propias de esta rama del derecho las que resultaban de estricta aplicación, sustancialmente los principios precautorio y preventivo y, en ese sentido, reafirmando la autonomía de la Ciudad, los jueces del fuero debían arbitrar un rol activo y altamente comprometido en los procesos ambientales, ejerciendo un profundo control de constitucionalidad de los actos públicos y privados sometidos a su consideración.

## Bibliografía

- BALBIN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 802.
- BIBILONI, Héctor Jorge *El proceso ambiental*, Ediciones Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- EWALD, F. “*Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution*”, en BERGEL, S., op. cit.
- FACCIANO, Luis A., «*La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000*», p. 247 y siguientes., en obra colectiva: «*Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*», publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, en febrero de 2001, con cita de LACOUNE, P. «*La précaution un nouveau standard de jugement*», p. 131, en *Esprit*, 11/97, a su vez citado por BERGEL, S., «*El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales*», versión preliminar, inédito. En: Cafferata, Néstor A. “*Principio Precautorio y Derecho Ambiental*”. LA LEY 2004-A, 1202.
- FRANZA, Jorge Atilio, *Manual de los Derechos de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente. Una visión holística y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable*. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2007, págs. 112/113. Ver también Leme

---

## El trámite de los procesos ambientales debe ser, sin restricciones de ningún tipo, rápido y expeditivo, sencillo y eficaz; debe buscarse una celeridad compatible con las garantías del debido proceso.

---

Machado, Paulo Affonso, *Estudos de Direito Ambiental*, Malheiros Editores, Brazil, 1994 y en especial Leme Machado, Paulo Affonso, *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, 8 Edición, revista, actualizada e ampliada, Brazil, 2000

FRAGA, Jesús Jordano, *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995. Sobre la evaluación de impacto en Estados Unidos, ver Rodgers Jr., William H, *Environmental Law*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1977, pp. 725-738.

LEME MACHADO. “*Direito Ambiental Brasileiro*.” Malheiros Editores. 8ª ed. Brasil. 2000, p. 46.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial, Fundamentos de Derecho*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, primera edición, 2006, págs. 426, 436/437.

LOPERENA ROTA, Demetrio, *El Derecho al medio ambiente adecuado*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, Reimpresión, 1998, pág. 27/28

LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los principios del Derecho Ambiental*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, Primera edición, 1998, pág. 94

MALJAR, Daniel E., *El Derecho Administrativo Sancionador*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág.88.

MONTAGUE, Peter. “*Medio Ambiente. ¿Qué es el principio precautorio o preventivo*” En: [www.alihuen.org.ar](http://www.alihuen.org.ar)

NIETO Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda Edición Ampliada, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1994, pág. 36.

RODRIGUEZ, Carlos Aníbal; *Ley General del Ambiente de la República Argentina*, Ediciones Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 198. Ver también artículo 32 de la Ley 25675.

### Causas mencionadas

Causa N° 16984-00-00/09, caratulada “TRANSPORTE RIVAS Y CIA, SA s/infr. art(s). 4.1.1.2, Habilidadación en infracción - L 451”

Causa N° 31095-01-00/09 “INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR - CLAUSURA- CAPRIA, José Antonio s/infr. art. 54, Colocar o arrojar sustancias insalubres o cosas dañinas en lugares públicos, Incidente de medida cautelar - CC”.

Causa N° 44476-00-00/09 “CLUB ATLETICO RIVER PLATE, (CARP) y otros s/ infr. art(s). 96, Omitir recaudos de organización y seguridad respecto de un espectáculo masivo -CC”.

Causa N° 0018432-00-00/09, caratulada “BUENOS AIRES CONTAINER, Terminal Service SA s/infr. art(s). Allanami, Sin Artículo por Allanamiento”.

CSJN, “*Provincia de Neuquén v. YPF S.A.*” rta. 13/06/06 y, en igual sentido “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*.”

Causa N° 0018432-00-00/09, caratulada “BUENOS AIRES CONTAINER, Terminal Service SA s/infr. art(s). Allanami, Sin Artículo por Allanamiento”.

Causa N° 16984-00-00/09, caratulada “TRANSPORTE RIVAS Y CIA, SA s/infr. art(s). 4.1.1.2, Habilidadación en infracción - L 451”

# REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DEL JUEZ CONTENCIOSO EN UNA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

*El doctor Fernando Juan Lima advierte en esta nota para **pensar**JUSBAIRES acerca de que los plausibles avances del sistema constitucional y legal vigentes en la Ciudad pueden terminar en la práctica en la nada si el acento se pone en los jueces antes que en la justicia, en las sentencias antes que en los habitantes.*

**FERNANDO E. JUAN LIMA\***

## I.- Planteamiento

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 Nacional con la reforma acaecida 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 que no pueden dejar de mencionarse el dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires acaecido en 1996 y el comienzo del funcionamiento de tribunales de justicia propios, conformados de acuerdo con los lineamientos impuestos constitucionalmente 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>.

**Uno de los aspectos en los que la falta de concreción de la autonomía constitucionalmente prevista para nuestra ciudad impacta de manera más clara en la órbita de derechos de sus habitantes es en lo que tiene que ver con la carencia de jueces propios para resolver todos los**

\*Juez de Cámara en lo CAyT de la CABA. Profesor Regular, Adjunto y Titular de diversas materias de grado y posgrado UBA, Universidad Católica Argentina y Universidad de Belgrano, entre otras instituciones. Es coautor y codirector de trece libros sobre cuestiones de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, y autor de más de treinta artículos de investigación publicados en las revistas y suplementos jurídicos de mayor relevancia del país.



### **litigios en los que no estén involucradas cuestiones federales.**

La idiosincrasia compartida, los valores involucrados, la posibilidad de injerencia en su selección y eventual separación del cargo son elementos que hacen a la esencia del sistema democrático que, en los hechos, están siendo desconocidos con la particular mutación legal que ha dado lugar a que la llamada Justicia Nacional siga prestando servicios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Está claro que en el diseño de la Constitución Nacional sólo se prevé el funcionamiento de tribunales federales y locales (ese tercer orden, el de los nacionales sólo se explicaba por el status

de la Ciudad de Buenos Aires anterior a la reforma constitucional de 1994).

Lo dicho sirve para poner en contexto, pero no constituye el centro de estas reflexiones; se trata, sin embargo, del punto de partida de algunas ideas que sí se vinculan con los principios indicados. El acento ha de ponerse en la circunstancia atinente a cómo debería ser la actuación de los jueces locales para respetar adecuadamente los principios contenidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La intención es la de encontrar una lógica sistémica que se adecue a esos valores, procurando señalar algunos ejemplos concretos que hacen a la actividad de la justicia contenciosa.

## II.- Poder judicial y participación ciudadana

Ya desde el artículo 1° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece que la ciudad organiza sus instituciones como una “democracia participativa”<sup>5</sup>. Dicha circunstancia proyecta efectos sobre la dogmática constitucional y sobre la propia organización del poder, que deben adecuarse a ese mandato. Es en ese contexto que deben leerse las normas contenidas, por ejemplo, en los artículos 10<sup>6</sup>, 12 inciso 6<sup>7</sup>, 14<sup>8</sup> y 106<sup>9</sup> de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Los principios de la democracia participativa explican soluciones como las previstas en torno al presupuesto (artículo 52), a las audiencias públicas (artículo 63), al derecho de iniciativa (artículo 64), al referéndum, la consulta popular y la revocatoria de mandatos (artículos 65, 66 y 67), entre otros. Esos mecanismos que a esta altura podría identificarse como más clásicos y arquetípicos de la participación ciudadana no son los únicos, ya que aquellos principios también tienen su alcance e influjo en lo que a la actuación del Poder Judicial se refiere. Así, la ampliación de la legitimación para residenciar asuntos ante los tribunales, el establecimiento de vías específicas para restaurar la vigencia de la constitución de manera urgente en caso de vulneraciones claras y patentes, la posibilidad incluso de declarar la inconstitucionalidad de normas generales sin caso hablan de mecanismos de control y participación que poseen una lógica sistémica que se explica en la afirmación de los principios enunciados en el artículo 1° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**La mayor participación también tiene que ver con el establecimiento de un sistema más generoso de acceso a la justicia, con la consagración de una más tangible tutela judicial efectiva.**

Así, la ampliación de derechos y la posibilidad de llevar su discusión por ante la justicia pone de vuelta en el tapete conceptos como los de “caso” o “causa judicial”, cuestiones políticas

no judiciales, etc. Está claro que estos términos no pueden seguir siendo leídos a través de una jurisprudencia y una doctrina forjadas con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Es más, en el ámbito local, como vimos, la mirada es incluso más amplia y generosa. Lo que parece estar en discusión -en los hechos- es el punto de equilibrio que no implique depositar todo el poder en los tribunales y desconocer las potestades de los poderes políticos.

El meollo de estas reflexiones tiene que ver con cuál debería ser la actitud de los jueces para garantizar el cumplimiento de los principios y 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).

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.

## III.- Algunas manifestaciones procesales concretas

Al 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

---

**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 respuesta que hace innecesaria su formulación.**

---

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 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 que valen más como aporte doctrinario que por lo que tiene que ver con la solución del caso concreto.**

Es con base en lo expuesto que correspondería pensar en cuáles son las herramientas con que cuenta el juez contencioso-administrativo al momento de iniciarse una causa, de decidir el dictado de una medida cautelar, de dar trámite a un proceso urgente y de ejecutar la sentencia para que la participación ciudadana redunde en la concreción de la tutela judicial efectiva. Ello, claro está, tratando de encontrar el justo equilibrio para que la actividad del juez no avance sobre aquello que es órbita de la decisión de las partes en el proceso ni sobre las competencias específicas de los otros poderes del estado.

**1. En lo que hace a la demanda y su admisibilidad** las normas centrales en materia procesal son las contenidas en los artículos 269, 270 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario (en adelante, CCAyT). 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 impropiables 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.

**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 respuesta 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 encausar 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 (no el rigorismo) al momento del control de los recaudos formales (mientras no sean ritualismos inútiles) que debe cumplir el escrito de inicio es el mejor remedio para evitar las pérdidas de tiempo y los gastos que implica un proceso destinado al fracaso o, casi peor aún, 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.

**2. En lo que tiene que ver con los procesos urgentes y/o colectivos**, ni antes (cuando resultaba de aplicación el decreto ley 16.986, y a través de la remisión 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>10</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 esta 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”. Por ser ello así, parecen atinadas -en conjunto- las soluciones dadas por la jurisprudencia, que pronuncian 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>11</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 DESC, por cuanto el juez en todo momento debe tender a descubrir la verdad jurídica objetiva y a hacer justicia en el caso concreto.

**3. Una última aclaración en lo que hace a esta etapa inicial del proceso:** aun cuando la regulación en la Ley 2.145 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**

---

**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.**

---

**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. En lo que tiene que ver con el trámite de los procesos**, por obvio que pudiera parecer, 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 morigerar 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>12</sup>, tal como acaece con las pruebas ofrecidas<sup>13</sup>, incidentes<sup>14</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.

**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.

Corresponde utilizar equilibradamente las herramientas contenidas en el artículo 29 del CCAyT (facultades ordenatorias e instructorias) para que la loable intención de esta norma no

sucumba ante el uso indiscriminado y excesivo de las potestades en ellas 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 establecidas deben conjugarse con los otros principios generales antes enunciados: impulso de parte, carga de la prueba, preclusión, respeto por el derecho de defensa.

**5. Por último, en lo que a los recaudos que deben cumplir las decisiones judiciales,** son centrales las normas contenidas en los artículos 143, 145, 146, 147 y 148 del CCAyT. Ello no obstante, sus mandatos no son siempre observados por los magistrados. Los principios y formalidades allí dispuestas no son sino una garantía del sistema establecida en favor de los litigantes. Debiera pensarse en estos últimos antes que en el ejercicio del poder de los jueces al momento de adoptar cada una de las decisiones jurisdiccionales.

Es que, en definitiva, 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, este a veces brilla por su ausencia.

**Lo volvemos a decir, 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>15</sup>.**

#### **IV.- Conclusión**

El saludable activismo de los jueces debe ser encauzado 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. Por más que el interés público pueda siempre (directa o indirectamente) estar

comprometido y justificar 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 anulen la órbita de decisión de las partes. Eso importaría una impropia extensión de competencias, con clara afectación al diseño constitucionalmente previsto para la actuación de la justicia.

**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 cumplidas en tiempo y forma.**

Hay disfunciones que exceden a 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 a nuestro alcance. 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.

**La búsqueda del equilibrio exige medida por parte de los tribunales. La concentración del poder es peligrosa en todos los casos, incluso aunque se produzca en cabeza de los magistrados. Sabido es que su primer deber es el de respetar los límites de su jurisdicción y competencia.**

Los plausibles avances que el sistema constitucional y legal vigentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden terminar en la práctica en la nada si el acento se pone en los jueces antes que en la justicia, en las sentencias antes que en los habitantes. La tentación demagógica de emitir órdenes de cumplimiento imposible, de olvidarse de cuestiones técnicas o presupuestarias, es grande. Un gran poder implica una gran responsabilidad y la democracia participativa importa derechos pero también obligaciones.

---

# La búsqueda del equilibrio exige medida por parte de los tribunales. La concentración del poder es peligrosa en todos los casos, incluso aunque se produzca en cabeza de los magistrados. Sabido es que su primer deber es el de respetar los límites de su jurisdicción y competencia.

---

## Notas

1. Aquí se retoman, desde otro atalaya, algunas de las ideas vertidas en JUAN LIMA, Fernando Enrique, "Ejecución de sentencias en el contencioso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ¿Qué pedir, cómo ordenar", en *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*, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

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

3. Al respecto remitimos a lo sostenido cuando recién comenzaba a funcionar el contencioso local en JUAN LIMA, Fernando E., "La competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", REDA N° 33/35, págs. 329/350.

4. 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).

5. En el artículo 1° se dispone: "La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos. Se suprimen en los actos y documentos oficiales los títulos honoríficos de los funcionarios y cuerpos colegiados". Incluso esta última referencia, que suprime los títulos honoríficos parece indicar una idea de justicia más cercana al pueblo al que presta servicio, alejada de términos algo anacrónicos como "Su Señorías" y "Excelentísima Cámara".

6. En él se establece: "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

7. En el que se dispone que "La ciudad garantiza (...) El acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos".

8. Artículo 14: "Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente,

lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor. El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia. El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas. Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva". Por supuesto, esta normativa debe leerse, según sea el derecho protegido, de manera conjunta con lo establecido en los artículos 15 y 16 de la misma Constitución.

9. Donde se dispone que "Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca".

10. 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". Para profundizar respecto del amparo porteño, nos remitimos a JUAN LIMA, Fernando E., "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", publicado en la obra colectiva *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (dir: Mabel Daniele), Ed. Platense, La Plata, 2008, págs. 413/445).

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

12. Art. 260 y siguientes del CCAyT.

13. Art. 307, 330, 338 y ccdtes. del CCAyT.

14. Art. 260, inciso 1° del CCAyT.

15. Sobre este y otros puntos que suelen ser dejados de lado, siempre es útil recurrir a GORDILLO, Agustín, "Cómo leer una sentencia", AeDP 14:29/53.

# EL FLUJO DE LOS DERECHOS HUMANOS

DANIEL HERRENDORF\*

***Hay una fisura inmensa que ha partido en dos el curso de los derechos fundamentales y las garantías. Esa grieta se produjo entre el penoso final del siglo XX, y el inicio no menos alarmante del siglo XXI, que estamos protagonizando ahora.***

## La inflación normativa

En las décadas del 80 y el 90 hubo una enorme polución y generación normativa relativa a los derechos humanos. El mundo entero celebró convenciones, pactos internaciones, protocolos facultativos, pactos intergubernamentales, tratados interregionales, etc.

Así nacieron, por ejemplo, las convenciones por todos conocidas; la ONU, la OEA y sus agentes expertos iniciaron una labor extenuante de difusión y promoción de sus tratados; se crearon tribunales internacionales e interregionales; se replicaron los tratados esenciales sobre derechos fundamentales en todos los bloques regionales del mundo y las naciones intentaron, en mayor o menor medida, legislar -como si se tratara de una moda- sobre derechos humanos: se legisló

sobre las mujeres, los niños, los ancianos, la libertad de expresión, la migración, las garantías judiciales, etc.

Ese afiebrado fervor legislativo que nos llenó a todos de una gran algarabía y dispersó vanas esperanzas y promesas de paraísos de ficción era más hijo de su tiempo que de sus padres. El precedente inmediato eran las décadas del 60 y del 70, época de un módico y prudente bienestar en la cual los jóvenes parecían seguir el consejo expresado por San Agustín respecto de las cosas materiales, y recuperado por San Francisco de Asís 700 años después: “*Desea poco, y lo poco que desees, deséalo poco*”, despreciando los objetos suntuarios, la ropa de moda, la decoración innecesaria del cuerpo y del ambiente humano, la rumbosa vida burguesa, y el conformismo de los líderes tradicionales con sus vidas predecibles.

Aquella época fue descripta muy apropiadamente por Michel Foucault y Giles Deleuze; veníamos de dos horribles guerras mundiales y de una sociedad estructurada que aquellos teóricos llamaron “*la sociedad del encierro*”; se había vivido encerrado en alguna parte: primero en la familia (“*compórtate*”), después en la escuela (“*edúcate*”), en el ejército (“*sé un hombre*”), en



la fábrica o la empresa (“*ya no estás en casa*”), y de ser preciso en el hospicio o en la cárcel. Todos lugares de encierro tanto centrales como periféricos, que conformaban un gran panóptico, descrito magistralmente por Norberto Bobbio.

### Las revueltas hacia la sociedad abierta

Con las revueltas del Mayo Francés replicadas en todo el mundo, esas estructuras se cayeron como cae el sol en un crepúsculo rápido. Hacia los 80 comenzó a regir la sociedad fluyente, una sociedad abierta que explicó Karl Popper en su obra “*La Sociedad abierta y sus enemigos*” sin prever, acaso por el ínsito optimismo kantiano del epistemólogo, que finalmente triunfarían los enemigos.

Se trató de una sociedad sedienta de justicia y espiritualidad; las dictaduras latinoamericanas iniciaron su decrepitud; comenzó el movimiento legislativo de los derechos humanos ya señalado; también se subió al escenario la sociedad civil con organizaciones no gubernamentales y fundaciones libres. Se registró una gran espiritualidad, al menos en las intenciones: la busca del psicoanálisis, el yoga, la meditación, la sinagogía; todo indicaba una sociedad fluyente capaz de interpelarse a sí misma hasta encontrarse.

Fue también la época de los grandes movimientos ecológicos y humanitarios, con predominio

de la benevolencia y la proximidad; las mujeres interrumpieron el transcurso masculino del poder; también se discutía sobre migrantes, el calentamiento global, el desarme nuclear, la libertad sexual y religiosa y el derecho a tener un proyecto autorreferente de vida.

También hubo una suave invitación cultural a un nuevo renacimiento hacia los clásicos expresado en las obras del Paul Feyerabend (“*¿Por qué no Platón?*”) y “*Más Platón y menos Prozac*” de Lou Marinoff, cuyo mejor acierto sea probablemente su título y nada más, con lo cual ya es suficiente.

Sin embargo, los últimos 20 años del siglo pasado exhibieron, al mismo tiempo que sus luces, su horrible reverso y paradoja. Como toda moneda, como el dios Jano, fue una época bifronte que habló mucho de libertad para especular con ella. Al mismo tiempo que la sociedad civil jugaba inocente y alegremente con los derrumbados ladrillos del Muro de Berlín, se formaba la coalición ultraconservadora más atávica y preconciiliar que conoció la época; se trató de la espantosa “*revolución conservadora*” impulsada por el “*reagan-tatcherismo*”, una política que detuvo el progreso social y el derecho humanitario. A la sombra de esa política mundial nació el neologismo ridículo de neoliberalismo, como si la libertad estuviera vinculada con sistemas diseñados para destruir el sector público.

El desmoronamiento ético y social de la época fue descrito por Francis Fukuyama en “*El fin de la historia*”, y admirablemente por Vivianne Forrester: “*El fin del trabajo*” y “*El horror económico*”. En suma, habían regresado los dueños del dinero a recuperar -a garrotazos- aquello que el constitucionalismo social, desde el afamado New Deal, había cedido con toda justicia en beneficio del derecho de los pueblos.

### La tristísima mañana

El “*reagan-tatcherismo*” y sus hijos -legítimos y bastardos- coincidió con la revolución cibernética, que permitió el advenimiento del capitalismo tecnológico: una era deshumanizada, en la cual no se emplea la tecnología para la dicha y mejoramiento de la vida de los pueblos, sino para perfeccionar los modos de explotación laboral.

El siglo XX se desmayó viviendo su propia caricatura. Así estábamos, con nuestra larga caterva de espléndidos derechos declarados -muchas veces declarados- y a un tiempo sometidos al oprobio económico.

En vano el optimismo de Forsthoff y de García Pelayo que habían descrito formas diversas de “*procuración existencial*” para todos los pueblos -así la llamaron-; en vano las luchas sociales del inocente socialismo democrático y el anarquismo que había logrado derechos sociales para todos; en vano el constitucionalismo social.

**Todos sabemos que el siglo XXI comenzó en una tristísima mañana de un 11 de septiembre, con el sospechoso y nunca del todo esclarecido atentado contra las Torres Gemelas de New York; el ataque contra la potencia más poderosa del mundo coincidió con un hecho biográfico deleznable.**

A veces parece que la Historia no sabe lo que hace. El hecho era que gobernaba los Estados Unidos el que sin duda fue el presidente más inepto en toda la historia de la Unión Americana, George Bush hijo. A la saga de un

discurso ensordecedor sobre la seguridad nacionalidad, el Capitolio sancionó la “*Patriotic act*” o ley patriótica, que en realidad legisló y rigió para todo el planeta: detenciones “legales” en secreto, torturas permitidas, invasión de naciones enteras con pérdidas nunca estipuladas en sangre inocente.

**Comenzó así el gobierno de los sistemas de inteligencia, que perduran hoy. El mundo próspero comenzó a gastar más de 500 mil millones de dólares anuales en el negocio de la guerra, que consiste en la compra masiva de armas y energía, transfiriendo así el dinero público a los fabricantes de herramientas para el exterminio. El pueblo paga con su dinero su propio hundimiento.**

Se entiende así por qué vivimos narcotizados. Los jóvenes de hoy no quieren vivir en plenitud, o disfrutar del sosiego del amor, o jugarse a cara cruz por un ideal libertario o una vocación artística: quieren tener dinero, y tener dinero no garantiza ninguna otra cosa más que tener dinero. Parece que el dilema de Erich Fromm planteado en su libro “*Tener o ser*” ha sido tristemente resuelto.

He intentado describir los últimos 50 años con sus gozos y sus sombras -a la manera de G.Torrente Ballester- para tratar de entender por qué -después de una evolución tan grande de los derechos humanos- el panorama actual es tan desolado. Aquellos polvos han traído estos lodos.

**Todo está escrito: los tratados, los pactos, los protocolos; todo está declarado: los derechos, las garantías, los principios; todo está dicho en la mejor doctrina y está normado. Y sin embargo no hemos logrado hasta el momento poner en marcha los derechos humanos.**

No se entiende por qué no se aplica el derecho internacional que agotadoramente aseguran los tratados; la puesta en marcha de aquellos fabulosos derechos quedó estancada en una estéril discusión entre jueces, abogados y juristas relativas al control del derecho convencional.

---

**Todos sabemos que el siglo XXI comenzó en una tristísima mañana de un 11 de septiembre, con el sospechoso y nunca del todo esclarecido atentado contra las Torres Gemelas de New York; el ataque contra la potencia más poderosa del mundo coincidió con un hecho biográfico deleznable.**

---

El derecho procesal -es decir, la mera burocracia de los procedimientos rutinarios- se devoró al derecho de fondo que garantizaba la dignidad de las personas.

### **El triunfo cultural del fascismo**

¿Pero por qué sucedió ese acto histórico del cinismo? Si verificamos los hechos actuales relativos a los derechos humanos podemos encontrar una respuesta en la filosofía de la Historia, y no en la historia de la Filosofía.

Ya muy entrado en el siglo XXI el mundo exhibe la distancia más grande nunca vista entre ricos y pobres; con 7.000 millones de habitantes, el planeta produce alimentos para 6 mundos, pero sólo se satisfacen las necesidades básicas del 20 por ciento de la población; la contaminación del aire y las aguas van a ponernos de rodillas en un par de décadas, cuando la verdadera guerra se libre por un vasito de agua potable; nunca antes como ahora hubo tal cantidad de migrantes, desplazados, descartados y desechables; la ONU debió crear un nuevo concepto de pobreza para poder calificar la miseria moderna, calificándola como "*miseria indescriptible*"; los fanatismos y fundamentalismos ganan la guerra espiritual y terrenal.

Sin embargo, las agendas políticas están puestas en estimular el crecimiento de los más ricos, aplicar planes de ajuste a los más pobres, reducir los salarios mínimos, las pensiones y jubilaciones, aumentar la presión fiscal y dejar a los desclasados a la intemperie.

**Aquí nos encontramos con el fenómeno de la filosofía de la Historia que podría ser la llave maestra que nos muestre el porqué de tanta desidia. La única explicación posible es que las guerras militares del siglo XX fueron ganadas por las democracias, pero la guerra cultural la ganó el fascismo.**

Secretamente, seguimos odiando al prójimo como si nos quitara algo. Eso explica el crecimiento de partidos neonazis en Europa -actualmente con casi un 30 por ciento de representación parlamentaria, y en ascenso-, la islamofobia, la xenofobia en América y en Europa, todos viejos conocidos.

La Historia es una vez más el caleidoscopio de Schopenhauer: los dibujos son distintos pero los pedacitos son siempre los mismos.

### **El jardinero fiel**

Escribió Verlaine que un hombre que cuida su jardín también está salvando el mundo. Con pequeños actos podemos poner en marcha la serie de las infinitas cosas. Nadie sabe qué sombras arrojará la vida que edifica. Quien entendió este proceso fue Baudrillard, que -siguiendo al filósofo Ciorán- expresó que nunca se sabrá por qué el tardío repique de una campana de plomo en el lejano oriente puede dar comienzo a un terremoto en occidente, es decir, jamás entendemos cuál es la verdadera causa del efecto.

Narrar la historia es fascinante, y vivirla es angustiante. La historia: porque es vasta y real, por eso nos alarma.

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS LÍCITOS

*Dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado por acto lícito la procedencia de la reparación del lucro cesante al damnificado presenta dos posturas antagónicas, tanto en doctrina como en jurisprudencia.*

**MARIA GABRIELA BUSELLINI\***

Una primera posición, de carácter restrictivo, considera que la responsabilidad del derecho privado es sustancialmente diferente a la de derecho público, por lo que los principios que la rigen no se aplican en esta materia y el deber de responder del Estado tiene sus propias reglas. En virtud de ello, por aplicación analógica de lo dispuesto por la Ley Nacional de Expropiaciones, se excluye el pago del lucro cesante.

Para los partidarios de la otra posición, que propicia la aplicación de los mismos principios resarcitorios para ambos ámbitos, el resarcimiento debe comprender al lucro cesante, en virtud del principio de la reparación integral que rige en el derecho de daños.

## **A. La posición restrictiva. Sus argumentos. Fuerza expansiva de la expropiación y la interpretación analógica**

Marienhoff introdujo la idea de que “los principios de la expropiación se extienden a todos los supuestos de privación patrimonial por razones de interés público. Por lo tanto, en los

*casos de responsabilidad del Estado por actos lícitos, no corresponde la indemnización por lucro cesante”.*

El art.10 de la Ley Nacional de Expropiaciones (21.499) reza: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

Al respecto, Marienhoff explica: “La expropiación tiene gran amplitud conceptual. Sus principios no sólo comprenden y se aplican al específico acto por el cual el Estado, por causa de utilidad pública calificada por ley y previa indemnización, obtiene que le sea transferido un bien o cosa de un particular, sino que tales principios se extienden y aplican a todos los supuestos de privación de la propiedad privada, o de menoscabo patrimonial, por razones de utilidad o interés público. Esto constituye lo



*que puede llamarse fuerza expansiva de la noción jurídica de expropiación”<sup>1</sup>*

La “fuerza expansiva de la expropiación” existe en el Derecho Español, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación: “...debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general...”. (DíezPicazo, Luis, “Derecho de Daños”)

Esta línea fue seguida por nuestra Corte Suprema en varios casos “*Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires*” (1943), “*Corporación Inversora Los Pinos S. A. c/ Municipalidad de Buenos Aires*” (1975), “*Cantón, Mario E. c/ Nación*” (1979) y “*Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*” (1989) y es defendida por un autorizado sector de la doctrina.

El principal inconveniente que encontramos en este argumento es que en la interpretación de las normas: no se puede interpretar analógicamente aquello que limite o restrinja derechos. Vale decir que **la analogía no es apta para la restricción de los derechos, por tanto negar la reparación del lucro cesante significa limitar el derecho a una indemnización plena.**

Numerosa doctrina señala que la expropiación es una situación sumamente excepcional, por lo que no puede hacerse de ella una regla general.

La misma CSJN sostuvo que “...la aplicación analógica no parece hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción frente al principio general de resarcimiento integral”.

Además, para que proceda la interpretación analógica deben verificarse situaciones parecidas, semejantes, que tengan varios puntos de contacto, es decir, efectivamente análogas. Las diferencias sólo deben ser accidentales.

En el caso de la Expropiación existen algunas garantías consagradas en el art. 17 CN (intervención del legislador, pago de la indemnización previo a la privación de la propiedad...), que no se exigen en el caso del daño causado por la actividad lícita del Estado. Por ello, no corresponde asimilar las consecuencias. La limitación a la reparación plena sólo debería concederse si trae como contrapartida alguna ventaja al damnificado, como el asegurarle el pago en un plazo breve, situación que no se presenta en el supuesto en estudio.

La postura restrictiva entiende que por tratarse de una circunstancia de Derecho Público, no deben aplicarse las reglas propias del Derecho

Privado, sino las regulaciones publicistas. Marienhoff considera que *“el lucro cesante procede sólo cuando se trata de la responsabilidad del derecho común (civil) y no cuando es de origen pública”*.

No comparto el argumento. La responsabilidad civil es una sola, y no conoce diferencias según los derechos violados, correspondan a cualquier ámbito del Derecho. De la unidad del ordenamiento jurídico deviene una “unidad de la teoría del responder”.

El derecho de daños está presidido por reglas comunes. **La responsabilidad consiste en hacer recaer sobre alguien las consecuencias dañosas de un hecho**, por lo que no se justifica separar y dividir según la actividad pertenezca al derecho privado, administrativo, laboral o constitucional.

A favor de la no reparación del lucro cesante, señala López Mesa que *“el daño lícitamente causado no puede tener igual respuesta indemnizatoria que el causado con culpa o dolo”*.

Cassagne distingue también el daño por acto ilegítimo, en el que el particular no debe contribución alguna al Estado (nadie está obligado a soportar la actividad ilegítima dañosa), y por esa causa éste debe reparar al particular de forma integral.

Detrás de este argumento subyace una concepción del derecho de daños como sanción por el actuar culpable (culpa o dolo), por lo que si no se presenta este factor de atribución (como cuando el Estado actúa lícitamente) la reparación debe ser menor.

Existe otra posición, que pone el acento en el daño sufrido por la víctima y su reparación, salvo que se presenten causales que justifiquen la asunción por el dañado.

## **B. Posición a favor de la reparación del lucro cesante. El derecho a no ser dañado y el principio de reparación integral del daño sufrido.**

La CSJN consagró la jerarquía constitucional del derecho a no ser dañado y a una reparación

integral, en numerosos fallos, como en los casos “Santa Coloma” y “Aquino”.

**Significa que el responsable debe reparar todo el daño causado a la víctima y no más que el sufrido.** La extensión de la reparación es un tema de la relación causal; ya que la determinación del nexo causal posibilita no sólo establecer la autoría del sujeto, sino también la medida de la reparación del daño.

Los actos ilícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquéllos. Como el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integralidad, no se la puede limitar sin que se encuentren buenas razones para hacerlo.

Los argumentos esgrimidos por la postura restrictiva no logran torcer este principio.

La aplicación analógica de un instituto absolutamente excepcional que restringe un derecho (la expropiación) no constituye buenas razones, máxime cuando el principio de la reparación integral no encuentra obstáculo en razones de fuerza mayor o en una norma específica que disponga lo contrario

La jurisprudencia mentada da pautas de que **la postura de la Corte es la de la reparación plena**, ya receptado en las causas “Sánchez Granel”, “Juncal Forestal”, “El Jacarandá”.

**La doctrina amplia, que se vislumbra en el fallo, a la cual adhiero, tiene su base doctrinaria en que la fuerza expansiva de la Ley de Expropiaciones no resulta suficiente para privar al particular de la reparación del lucro cesante por daño causado por actividad lícita del Estado y, por ello, no puede negarse a priori la computación del lucro cesante.**

A raíz de la Ley 26.944 que regula la responsabilidad del Estado en el orden nacional, ésta ha cobrado una gran trascendencia teórica y práctica de cara al precepto contenido en el art. 5, que excluye el lucro cesante de la reparación debida a los particulares por daños ocasionados por el ejercicio de las actividades estatales

---

**La doctrina amplia, que se vislumbra en el fallo, a la cual adhiero, tiene su base doctrinaria en que la fuerza expansiva de la Ley de Expropiaciones no resulta suficiente para privar al particular de la reparación del lucro cesante por daño causado por actividad lícita del Estado y, por ello, no puede negarse a priori la computación del lucro cesante.**

---

legítimas (revocación de un acto administrativo por razones de interés público).

De la discusión legislativa no surgen los fundamentos tenidos en cuenta para justificar dicha norma aunque tiene el apoyo de una parte de la doctrina (Marienhoff) y de la jurisprudencia en particular.

En la disidencia que formuló la jueza Highton de Nolasco en el caso “Jacarandá”, sostuvo que, como la indemnización en tales casos se regía por las reglas de la justicia distributiva (propia y exclusiva del derecho público), no corresponde indemnizar el lucro cesante.

### **Teoría de la Responsabilidad y teoría de la Justicia**

No se puede desconocer que existe una estrecha relación entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, constituye una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico.<sup>2</sup>

De lo contrario, se fragmentan las partes del conocimiento, separándose del conjunto, lo que explica la anarquía que reinaba en la ciencia jurídica como consecuencia del predominio de las ideas positivistas que aislaban el derecho y/o lo separaban de la justicia y de la moral<sup>3</sup>, profundizando el rumbo marcado por Kant<sup>4</sup>.

El problema del alcance de la indemnización, frente a sacrificios o daños de los particulares por razones de utilidad pública, interés social o público, se plantea, tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público), o en el plano de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), a través de los criterios fundados en la remediación de los sacrificios especiales que sufre el particular de cara a la actividad legítima del Estado, cuando éste no está obligado a soportar los daños, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa.

**La determinación de la medida de la indemnización no se circunscribe sólo al ámbito de la actividad legítima del Estado, sino también respecto a las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima, aunque en estos casos existe consenso doctrinario y jurisprudencial sobre el principio aplicable, que es el de la reparación integral, que excluye los daños meramente eventuales o conjeturales,<sup>5</sup> exigiendo que el perjuicio sea concreto.<sup>6</sup>**

La diversidad de las soluciones y los criterios proporcionados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para definir el alcance de la indemnización, en estos supuestos, ha hecho que se tratara de buscar una fundamentación común que permitiera tratar con la misma vara

situaciones que, si bien son diferentes, guardan una semejanza por analogía, en tanto la finalidad perseguida consiste en remediar la desigualdad causada por los daños que el Estado ocasiona con su accionar a los derechos o bienes de los particulares.

### La Constitución y la Ley

Lo primero que corresponde averiguar es si en el texto de nuestra Constitución existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la reparación en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional, como el art.19 de la CN, el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en dicha norma un criterio preciso<sup>7</sup>, no resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla que no resulta del precepto sino de la mera inferencia de los juristas<sup>8</sup>.

Al criterio de la Ley de Expropiaciones, Ley 21.499, art.10: *“La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e*

*inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.*

La indemnización se encuentra restringida, contrariando sus fuentes doctrinarias que consideraran indemnizable el valor “empresa en marcha”,<sup>9</sup> que para Marienhoff importa un valor de características más amplias, así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien.

Comenta Cassagne *“hemos propiciado una posición amplia considerando que solamente debería excluirse el lucro cesante eventual o hipotético”*<sup>10</sup>. En la misma línea se ha propiciado una interpretación amplia del concepto de daño emergente al que se le atribuye tener contornos difusos<sup>11</sup>.

En ese sentido, si bien se ha reconocido que la figura de la expropiación por la utilidad pública

---

**Aún cuando la reparación nunca pueda llegar a ser integral, ya sea porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables ( p. ej. los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia que no todos los perjuicios dan derecho a indemnización, ella debe ser lo más amplia posible, restableciendo la igualdad de la justicia conmutativa, porque restituir no significa otra cosa que volver a la situación en que se encontraba la persona, con la plenitud de sus derechos patrimoniales, antes del acto dañoso causado por el Estado.**

---

---

## La clave para desentrañar el problema interpretativo antes descrito se encuentra en la comprensión del concepto jurídico indeterminado de “justa indemnización”, lo que hace necesario acudir a la teoría de la justicia para determinar a qué especie o clase de justicia pertenece dicho principio.

---

tiene un fondo común con la responsabilidad por actividad legítima del Estado, es evidente que se trata de instituciones diferentes<sup>12</sup> (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspasa al dominio estatal, no así en la segunda). Además si el valor objetivo del bien es el valor de mercado<sup>13</sup> esta pauta es inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas<sup>14</sup>, ni apta para determinar el daño moral.

Es así que la CSJN desde el caso “Jacarandá”<sup>15</sup>, registra dos precedentes posteriores en los que mantuvo la línea de indemnizar el lucro cesante en supuestos de responsabilidad por actividad estatal legítima. (sujeta a la acreditación del efectivo y concreto perjuicio en base a la prueba producida), en los fallos “Zonas Francas” y “Malma Trading”<sup>16</sup>.

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden advertir, en los fallos de la Corte, una tendencia hacia la reparación amplia que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir), que en la terminología corriente suele llamarse “reparación integral”.

**Aún cuando la reparación nunca pueda llegar a ser integral, ya sea porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables ( p. ej. los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia que no todos los perjuicios dan derecho a indemnización, ella debe ser lo más amplia posible,**

**restableciendo la igualdad de la justicia conmutativa, porque restituir no significa otra cosa que volver a la situación en que se encontraba la persona, con la plenitud de sus derechos patrimoniales, antes del acto dañoso causado por el Estado.**

### La Reforma Constitucional de 1994

La inexistencia en la Constitución de un texto expreso que consagre el principio que rige la medida de reparación o restitución, no puede alegarse como argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y el lucro cesante. **Porque tras la reforma constitucional de 1994, ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la reparación, toda vez que la Convención Americana ha prescrito el principio de la “justa indemnización”, en dos de sus artículos.**

**El primero de ellos prescribe que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley”<sup>17</sup>, mientras el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde “el pago de una justa indemnización”<sup>18</sup>. Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994**

para sustentar el fundamento constitucional del principio de la justa indemnización<sup>19</sup>, concepto jurídico que se ha asimilado al de reparación integral<sup>20</sup> o amplia<sup>21</sup>.

**La clave para desentrañar el problema interpretativo antes descrito se encuentra en la comprensión del concepto jurídico indeterminado de “justa indemnización”, lo que hace necesario acudir a la teoría de la justicia para determinar a qué especie o clase de justicia pertenece dicho principio.**

Al respecto, se ha sostenido que la razón para justificar la exclusión de la procedencia del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima estriba en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad estatal y sus partes, conforme a criterios de distribución, mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo con los principios y reglas del derecho común o privado.

En su disidencia en el caso “Jacarandá”, la jueza Highton de Nolasco sostuvo *“que a diferencia del Derecho Público se aplican, en principio criterios de “justicia distributiva”, y que “la diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican; mientras la primera regula las relaciones entre los particulares fundamentalmente sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad representada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sean individualmente, o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución”*.

Se trata de una tesis pasible de objeciones constitucionales, en tanto conculca los derechos individuales cuyo goce y ejercicio garantiza nuestra Constitución (arts. 14 y 17, CN), transformando un sistema que debe regirse por la justicia conmutativa en otro basado en el modelo distributivo.

## Concepciones teóricas sobre la Justicia - Tomás de Aquino

Ante todo, la concepción de Tomás de Aquino sobre la **justicia conmutativa** como una de las especies de **justicia particular** y su distinción con la **justicia distributiva**, ambas incorporadas de manera armónica en la **justicia general**, llamada legal por Aristóteles, implica un desarrollo original de la concepción aristotélica que las unifica dentro de la **justicia correctiva**.

Mientras la justicia general tiene por fin la realización del bien común, las dos especies de justicia particular se orientan a la ordenación de los bienes singulares de cada persona y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas. Esto último acontece en el plano de la responsabilidad estatal pues mientras la remediación de la desigualdad se lleva a cabo a expensas de la distribución patrimonial o acervo común del Estado, la restitución se realiza según el criterio de la justicia conmutativa<sup>22</sup>.

Algunas concepciones como la de Rawls<sup>23</sup>, han tomado como punto central de su teoría sobre la justicia una concepción que, inspirada en Rousseau y en Kant, podría suponerse que eclipsa la existencia y la razón de ser de la justicia conmutativa en cuanto postula que *“todos los valores sociales, libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y las bases del respeto deben distribuirse igualmente a menos que una distribución desigual de cualesquiera y de todos estos bienes sea ventajosa para todos”*. Lo cierto es que se trata de una construcción que tiene por objeto exclusivo la justicia distributiva o justicia social, como señala Rawls en su “Teoría de la Justicia”.

**Si bien en las dos especies de justicia particular (distributiva y conmutativa) se contribuye a la realización del bien común, ambas se encuentran respectivamente condicionadas, debiendo tenerse en cuenta que la observancia del principio de subsidiariedad y el respeto por la propiedad privada, constituyen**

---

**La comprensión correcta del modelo distributivo requiere observar lo que sucede o podría suceder en distintas situaciones de la vida real. Supongamos que acontece una catástrofe, lo que tendríamos que identificar sobre qué bases el Estado acordará indemnizaciones a los particulares.**

---

**exigencias de la justicia, tanto de la justicia conmutativa como de la justicia general.**

**A su vez, la justicia particular ha de acomodarse a la justicia general, en cuanto su ordenación al bien común, a cuyo alrededor gira toda la problemática filosófica de la justicia<sup>24</sup>.**

En cuanto a la compensación: en la justicia distributiva es distinta a la restitución que se realiza en la justicia conmutativa. Las diferencias existen según que se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia conmutativa, para lo cual nada mejor que acudir a John Finnis cuando expresa: *“Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de la vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como los que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo, pero estos*

*deberes no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea adecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia”.*

Precisamente eso es lo que ocurre en el campo de la expropiación cuando se restringe la indemnización en concepto de lucro cesante. En este sentido, superando nuestra opinión anterior, resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante. En este sentido, resulta injusto aplicar sin mayores contemplaciones el modelo distributivo y no indemnizar el lucro cesante real y comprobado, toda vez que el particular expropiado sufre una lesión patrimonial por un acto voluntario del Estado y el daño singular, no producido por la vida en común, aunque el resarcimiento provenga de un patrimonio común perteneciente a la comunidad estatal<sup>25</sup>.

**La comprensión correcta del modelo distributivo requiere observar lo que sucede o podría suceder en distintas situaciones de la vida real. Supongamos que acontece una catástrofe, lo que tendríamos que identificar sobre qué bases el Estado acordará indemnizaciones a los particulares.**

La necesidad y las propias limitaciones financieras del acervo común serán los criterios decisivos a la hora de establecer la medida de la indemnización que corresponderá a cada uno de las partes del todo social que resultan afectadas

y hasta, contradiciendo el igualitarismo formal, podrían establecerse como inteligentemente señala Cassagne “*escalas de reparación que cubran, preferentemente, las necesidades de los sectores carenciados de la población*”.

El otro ámbito típico en el que se aplica el modelo distributivo es el de las jubilaciones y pensiones donde aparecen nuevamente las necesidades y limitaciones presupuestarias como criterios de distribución pero con un agregado, la distribución conforme al esfuerzo o sacrificio según la función o tarea que cada uno haya desempeñado en la etapa activa de su vida.

El ámbito contractual (estatal o privado) tampoco es ajeno a la justicia distributiva cuando por ejemplo se imponen cargas de servicio público o los contratistas privados o regulaciones de seguridad y previsión social en las relaciones inter privadas.

Pero las interferencias de esas relaciones de justicia distributiva en el plano público o privado no pueden desnaturalizar la justicia conmutativa, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, en los casos en que se produce un daño o incumplimiento, o bien un sacrificio especial por la actividad legítima y voluntaria del Estado, que exige que la responsabilidad coloque a la persona en la situación que tenía antes de la ocurrencia del daño o del incumplimiento.

Para interpretar debidamente la fórmula “justa indemnización” que utiliza la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>26</sup> hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de las cosas.

Como expresa Rossi: “*La diferencia que existe entre las dos especies de justicia, se explica entendiendo que se debe de distinta manera lo que es propio y lo que es común*”<sup>27</sup>.

Lo primero se debe a un individuo en su totalidad y como de su exclusiva pertenencia haciendo abstracción de la existencia de otros acreedores del mismo deudor y de los bienes de que éste pueda disponer. Lo que es común, en cambio, se debe a una parte (no a un individuo o grupo de individuos) y esto significa que se le debe pero teniendo en cuenta también que hay otras partes que tienen derecho a participar de él, porque la noción misma de parte implica esencialmente la existencia de una u otras partes y del todo orgánico que integran. Todo y parte son conceptos que necesariamente se condicionan.

**La Justicia Distributiva no es retributiva, no es compensativa, es reparativa.** Pero es justicia y la parte es titular de un derecho estricto, como el acreedor en la conmutativa lo que no es estricto es la medida de ese derecho que depende de un valor fijo compensatorio de otro valor fijo (res ad rem) sino de la proporción

---

**Es muy importante tener en cuenta que la justicia siempre entraña una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.**

---

---

**En el Estado moderno, las dos especies de justicia particular deben funcionar en forma armónica. Dar prevalencia al modelo distributivo relegando la justicia conmutativa implica otorgar carta blanca al Estado para que no cumpla el deber de reparar cuando ocasiona daños injustos a los particulares y -lo que es peor- implica caer en una pendiente que frustra el auténtico progreso y la propiedad privada que siempre ha de orientarse a la realización del bien común.**

---

entre personas (partes) en el todo y del quantum de los bienes distribuibles. La igualdad en la distribución es proporcional, la fórmula sería “como una parte es otra parte en el todo, así debe ser la porción de los bienes comunes que pertenece a una y a otra”. La forma de igualdad que aquí campea es distinta a la de la justicia conmutativa, pero el derecho y la obligación tiene la misma entidad e igual virtualidad”<sup>28</sup>.

**Es muy importante tener en cuenta que la justicia siempre entraña una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.**

A la luz de lo antedicho sobre la indemnización, en las relaciones regidas por la justicia conmutativa, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, ya sea producto de la responsabilidad por actividad contractual o extracontractual, tanto legítima como ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la concurrencia del daño para remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”<sup>29</sup>.

**El criterio que ha utilizado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia, acierta esencialmente al afirmar que “el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito y que el principio de la reparación “justa e integral” debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica”<sup>30</sup>.**

Por estas razones, la exclusión del rubro lucro cesante que ha efectuado el art. 5 de la ley 26.944 en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima no resiste el test de constitucionalidad pues al no guardar relación con los criterios que rigen la restitución en la justicia conmutativa, se conculcan los arts. 21 ap. 2 y 63 ap. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio de la justa indemnización conduce a que las diferentes formas de restitución por daños causados por la actividad legítima del Estado, ya sea ésta de naturaleza administrativa como legislativa, implican siempre restablecer la igualdad en proporción a las cosas, si bien en un acto jurídico o contrato pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa con las derivadas de un modo distributivo.

*“Se trata de relaciones distintas en cuanto al criterio de restitución propio de la justicia conmutativa y al modo de compensar en el modelo distributivo de justicia, que tiene en cuenta, entre otras cosas, el mérito y la necesidad, para distribuir bienes o ventajas de un acervo común, distribución que tiene siempre como límite la disponibilidad financiera del Estado o de la privada cuyo patrimonio se distribuye entre los acreedores”<sup>31</sup>.*

**En el Estado moderno, las dos especies de justicia particular deben funcionar en forma armónica. Dar prevalencia al modelo distributivo relegando la justicia conmutativa implica otorgar carta blanca al Estado para que no cumpla el deber de reparar cuando ocasiona daños injustos a los particulares y –lo que es peor– implica caer en una pendiente que frustra el auténtico progreso y la propiedad privada que siempre ha de orientarse a la realización del bien común<sup>32</sup>.**

### **La idea de justicia como equidad - John Rawls**

**Conmueve la idea de “justicia como equidad” que desarrolla Rawls según su concepción de la sociedad como un sistema de cooperación equitativa, proponiéndose encontrar una alternativa viable y sistemática al utilitarismo, generalizando y llevando a un grado de abstracción superior el desarrollo contractualista. Cuando en relación al pluralismo razonable, la cooperación no es organizada de manera trascendente por una autoridad suprema y única, ya sea divina o política,**

### **difícilmente se logrará una justicia justa y una comunidad ordenada.**

Para determinar principios Rawls recurre a una herramienta original a la que llama “velo de ignorancia”, la cual distingue las informaciones que necesariamente deben conocerse para elaborar principios de justicia de aquellos cuya ignorancia es, por el contrario, un requisito. La idea de velo de ignorancia obliga a separar dos tipos de informaciones, las que deben estar disponibles y las que no deben estarlo, y por lo tanto deben mantenerse ocultas.

*“Si imaginamos que fuera posible elegir libremente los principios que rigen una sociedad, en la cual vamos a vivir, y que entonces nos preguntamos cuáles son, para nosotros, los principios más importantes. En esta posición nos encontramos en un estado de amnesia selectiva, en la que ciertamente usted y yo somos diferentes, y por lo tanto no podemos ser considerados intercambiables, pero somos sin embargo simétricos, dotados de las mismas capacidades universales. Por eso resulta que cada uno puede fácilmente ponerse en el lugar del otro, y de una cierta manera, interpretar su papel. Sabemos lo que tenemos en común.”*

Al tomar en cuenta las exigencias de unos y otros de manera equilibrada, los principios de justicia permitan encaminarse hacia una justicia equitativa y solucionar los diferendos. Rawls despeja estos principios a partir de una lista imaginaria propuesta. Esta lista presenta las cinco principales concepciones de la justicia:

- 1) La justicia como equidad ;
- 2) una concepción derivada a la que Rawls llama “mixta”;
- 3) Las concepciones teológicas clásicas;
- 4) Las concepciones intuicionistas y finalmente
- 5) Las concepciones egoístas, que resultan descartadas por las condiciones formales de la justicia.

El objetivo de Rawls es defender la teoría de la justicia como equidad, mostrando la legitimidad

---

**Vale decir que no es la falta de servicio entendida como culpa, sino la falta de servicio entendida como ausencia, carencia, omisión o simplemente incumplimiento de obligaciones legales que le han sido impuestas al órgano de la Administración, ya que no es una sanción hacia ella, sino restitución a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar el daño que la conducta lesiva le ha infringido, tal como la calificada doctrina ha caracterizado.**

---

de los dos principios de justicia que esta propone. Para ello el filósofo comienza por despejar un cierto número de condiciones formales determinantes, antes de mostrar la pertinencia, con respecto a la búsqueda de la equidad, de los dos principios de justicia.

Los principios de justicia que busca Rawls, no conciernen a cualquier tipo de sociedad, sino únicamente a las sociedades democráticas, buscando a partir del concepto de lo justo. Busca más bien unir lo deseable y lo factible, permitiendo a los individuos ajustar al mismo tiempo sus pretensiones recíprocas y sus pretensiones en relación con las instituciones, en el seno de instituciones que favorecen la cooperación. La pregunta que queda entonces, es acerca de cuáles son los principios de justicia, a la vez deseables y factibles, que efectivamente elegimos si estuviéramos en la posición ideal.

### **La Responsabilidad del Estado**

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en el campo de la Responsabilidad del Estado por su actuación normativa lícita, surge que el Tribunal ha sido siempre muy riguroso en el análisis de la concreta verificación, en cada caso, de los requisitos que la tornan procedente (imputabilidad, causalidad, daño o sacrificio especial, y ausencia en la víctima del deber jurídico de soportarlo), y tan es así que ha

exigido que la causalidad entre el obrar legítimo y el daño irrogado no solamente debe ser adecuada, sino también exclusiva, sin intervención extraña que pudiera interferir en dicho texto causal. (“Ledesma S.A” del 31101989), y la impresión que traduce el relato de los hechos que llevó a cabo la decisión es que no parece que este último requisito se hubiera configurado con nitidez, de tal manera que dicha ausencia sería suficiente para desestimar una pretensión indemnizatoria.

La responsabilidad del Estado no deriva de la Ley, sino de la Constitución Nacional, pues como ha dicho nuestra Corte Suprema, el fundamento del principio de que nadie debe dañar a otro encuentra su quicio en el art. 19 de la Constitución Nacional.

La ley no podría, en ningún caso, negar, y es bien conocido que la ausencia de una regulación positiva no ha sido durante ese tiempo un obstáculo para que la jurisprudencia ubicara los fundamentos jurídicos constitucionales, y así admitir en todos los campos posibles de la función administrativa estatal.

Sabemos que el Alto Tribunal definió bajo una consideración de corte netamente objetivo, el rumbo del instituto de la Responsabilidad del Estado, derivada de su conducta ilegítima o contraria a derecho, cuando actúa en ejercicio de su función administrativa. Tampoco es un descubrimiento que hizo a partir de la disposición

del art. 1112 del Código Civil, residenciando allí el fundamento normativo de la falta de servicio. Recordemos que la aludida disposición establece “*los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de un modo irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito”*”.

Desde antiguos precedentes, la Corte Suprema con el propósito de establecer el significado de la frase “en el ejercicio de sus funciones”, señaló la diferencia entre “cometer el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones”, y entendió que esto último, sólo significa “*la circunstancia o conjunto de circunstancias, que sin ser indispensables para la acción de una causa la favorecen*” (Fallo 203: 30, “*Raballino c/ Estado Nacional*” del 10/10/1943).

En el intento de brindar una respuesta al interrogante antes planteado, es imprescindible no omitir que voces autorizadas han señalado que

una cosa es reconocer que el funcionamiento anormal del servicio público es uno de los títulos básicos para imputar a la Administración el deber de reparar los perjuicios, y otra distinta es que a partir de allí se requiera o se confunda el fundamento de la responsabilidad del Estado con la ilicitud basada en la culpa u otra conducta subjetiva<sup>33</sup>.

**Vale decir que no es la falta de servicio entendida como culpa, sino la falta de servicio entendida como ausencia, carencia, omisión o simplemente incumplimiento de obligaciones legales que le han sido impuestas al órgano de la Administración, ya que no es una sanción hacia ella, sino restitución a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar el daño que la conducta lesiva le ha infringido, tal como la calificada doctrina ha caracterizado.**

Tal interpretación viene a quedar reforzada en nuestro medio por la solución que aportan los

---

**Nuestro derecho se ha mostrado evolucionado en este campo respecto de otros ordenamientos presuntamente más avanzados, y en la construcción de una dogmática en este terreno, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema denota desde sus primeros tiempos que no ha dejado camino sin recorrer para confirmar la vivencia de valores supremos tales como “equidad” y “justicia” por la víctima del obrar estatal, y si bien es cierto que ha tenido marchas y contramarchas, ha admitido la responsabilidad del Estado tanto por sus conductas ilegítimas como legítimas, por su función normativa y por su función judicial que previamente hubiese sido declarada irregular, por sus conductas positivas y también por sus omisiones, sin necesidad de otro fundamento jurídico que la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional.**

---

Artículos 625 y 630 del Código Civil, criterio con el que la propia Corte Suprema estuvo conteste.

Lo otro que debe resaltarse, es que en el ámbito de la falta de servicio, no quedan solamente inscritas aquellas vinculadas con la prestación de los servicios públicos, tal como reza el citado Art. 106.2 de la CE, sino que el concepto es más amplio pues abarca no solo a la actuación del Estado en el ejercicio de la actividad administrativa que despliegan los órganos estatales que ejercen las funciones legislativas y judicial.

No habrá que perder de vista que la célebre distinción entre la culpa personal del funcionario y la falta de servicio nació en Francia<sup>34</sup> merced a una distribución de competencias entre los jueces ordinarios y los tribunales administrativos, sobre la base de una consideración extremadamente rígida de la división de poderes y a la luz de una disposición que, a diferencia de nuestro artículo 1112 del Código Civil, prohibía a los jueces “so pena de prevaricato, perturbar en ninguna forma las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar a los funcionarios para que, por motivos de sus funciones, comparezcan ante sus despachos”.

**Nuestro derecho se ha mostrado evolucionado en este campo respecto de otros ordenamientos presuntamente más avanzados, y en la construcción de una dogmática en este terreno, el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema denota desde sus primeros tiempos que no ha dejado camino sin recorrer para confirmar la vivencia de valores supremos tales como “equidad” y “justicia” por la víctima del obrar estatal, y si bien es cierto que ha tenido marchas y contramarchas, ha admitido la responsabilidad del Estado tanto por sus conductas ilegítimas como legítimas, por su función normativa y por su función judicial que previamente hubiese sido declarada irregular, por sus conductas positivas y también por sus omisiones, sin necesidad de otro fundamento jurídico que la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional.**

## Notas

1. MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, AbeledoPerrot, 1992, T. IV, pág. 123.
2. BUNGE, Mario, “Memorias entre dos mundos”
3. Esta tendencia aún subsiste, fomentada por la falsa creencia en las autonomías científicas que ha generado incongruencias y contradicciones, entre los derechos civil y administrativo con el derecho penal.
4. BARBERIS Mauro, “Juristas y Filósofos. Una historia de la Filosofía del Derecho”.
5. ABERASTURY, Pedro. “La nueva ley de Responsabilidad del Estado”
6. LAMOGLIA, Carlos “Responsabilidad del Estado”
7. CARDACI MÉNDEZ, Ariel “Renovación del contrato de Obra Pública”
8. LAPLACETTE, Carlos “Derecho Constitucional a la reparación de daños”
9. MARIENHOFF, Miguel “Tratado de Derecho administrativo”
10. CASSAGNE, “Curso de Derecho Administrativo”
11. BALBIN, Carlos. “Curso de Derecho Administrativo”
12. ABERASTURY, Pedro “Principios de la Responsabilidad del Estado”
13. MARIENHOFF, Miguel “Tratado de Derecho administrativo”
14. PERRINO, Pablo “Responsabilidad por actividad estatal legítima”
15. Fallos: 328: 2654 ( 2005)
16. Fallos 328; 2654 ( 2009) y CS Fallo del 1552014, LA LEY.
17. Art. 21, 1 pp 2, CADH
18. Art. 63, ap 1.
19. PERRINO; Pablo. “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”
20. IBARLUCIA, Emilio “El derecho constitucional...”
21. CARDACI MÉNDEZ “Revocación...”
22. De AQUINO, Santo Tomás “Suma Teológica”
23. RAWLS, John “Teoría de la Justicia”
24. FINNIS, John “Ley Natural y Derechos Naturales”
25. SAID, José “Responsabilidad del Estado y Justicia Distributiva”
26. La Corte ha entendido que el principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75, inciso 22 CN) así como la interpretación que hace de la CADH la Corte IDH. Esto último es discutible cuando se alteran principios, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución. La tendencia seguida por la Corte Suprema en el caso “Mazzeo” ha dado por presupuesta dicha compatibilidad por el juicio que hizo el constituyente”
27. ROSSI, Abelardo “Aproximación a la justicia y a la equidad”
28. CARDACI MÉNDEZ, Ariel “Revocación”
29. “Velazquez Rodriguez” CIDH, 17081990.
30. ESTRADA, Juan Ramon “Responsabilidad del Estado por actos legislativos”
31. SACRISTÁN, Estela “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado”
32. “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”. Jornadas Universidad Austral
33. PERRINO, Pablo. Ob. Cit.
34. Ley francesa n°16, 24/08/1790, Título 2, Art. 13

# EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*El procedimiento de las “sentencias piloto” es una respuesta jurisdiccional a problemas estructurales y sistémicos.*

**MARÍA SOLEDAD ALPOSTA\***

## Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la garantía jurisdiccional, en el marco del Consejo de Europa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscripto en Roma en 1950. A lo largo de su trayectoria desde 1959 hasta 2015, el Tribunal Europeo se pronunció en alrededor de 18.500 casos, consolidando el sistema de casos más desarrollado a nivel internacional<sup>2</sup>.

En el año 2004, a partir de una interpretación estatutaria se aplica el procedimiento de sentencias piloto al caso *Broniowski*, y ese procedimiento es incorporado en el año 2011 al reglamento de la Corte.

El procedimiento de sentencia piloto es una potente herramienta para dar respuesta a la necesidad de brindar un mecanismo más eficiente para lidiar con problemas de naturaleza estructural o sistémica que están en el origen de masivas violaciones de derechos por parte de los Estados, y ayudar a los Estados a eliminar esas deficiencias evitando su repetición. En el presente artículo voy a presentar el procedimiento de sentencias piloto, y dar ejemplos sobre los principales casos en los que el tribunal

lo ha aplicado. Finalmente haré algunas conclusiones orientadas a tomar este instituto como incentivo para pensar nuevas maneras de hacer efectivos los derechos de las personas en la jurisdicción local.

## El procedimiento de las sentencias piloto<sup>3</sup>

El procedimiento de las sentencias piloto fue aplicado por la Corte Europea desde el caso *Broniowski c. Polonia*<sup>4</sup>, de 2004, a partir de una interpretación generosa del artículo 46 del convenio que establece la fuerza obligatoria de las sentencias del tribunal<sup>5</sup>.

Si bien antes de esta sentencia del año 2004 el Tribunal Europeo, ya había dado testimonio implícito de su afán de ir más allá de las sentencias declarativas, este novedoso procedimiento surge de la necesidad de asegurar la efectividad del Convenio y de su mecanismo de supervisión, y de asistir a los Estados, principalmente a los de reciente incorporación al sistema, para que puedan ajustarse y asumir su rol de conformidad con el convenio.

\* Abogada con orientación en Derecho Penal. Magister en Derecho y Estudios Europeos de la Universidad Robert Schuman, Estrasburgo III, Francia. Funcionaria de la Defensoría General de la CABA. [malposta@jusbaire.gov.ar](mailto:malposta@jusbaire.gov.ar)



Durante los años 90, debido al fin de la guerra fría, el Consejo de Europa tuvo una importante expansión, pasando de 23 Estados Partes a 46 Estados Partes (actualmente son 47 Estados), incrementando con ello la población bajo la protección del convenio a casi 800 millones de personas. Esta expansión significó el incremento de la carga de trabajo del Tribunal Europeo, en particular la aparición de un contencioso reiterativo que involucraba un número limitado de Estados. La incorporación inmediata de nuevos países al sistema no dio a los Estados el tiempo necesario para ajustarse al convenio y abrió, ante las deficiencias internas, el campo de una nueva litigación estructural o sistémica. Estos problemas estructurales o sistémicos que subyacen a la conflictividad emergente están relacionados con el funcionamiento del estado de derecho o del poder judicial (por ejemplo en Italia), problemas de transicionales de los Estados de la ex Unión Soviética (Este de Europa), problemas relativos al legado de conflictos armados (como por ejemplo los casos de Turquía, Rusia, estados de la ex Yugoslavia) entre otros, y conllevó a la necesidad de idear nuevas formas de intervención del Tribunal de Estrasburgo para hacer frente a violaciones de derechos humanos de gran escala.

Esas circunstancias llevaron a la Corte, al Comité de Ministros y a los mismos Estados a impulsar el nuevo procedimiento piloto, en el contexto de las reuniones por la elaboración del

protocolo N° 14<sup>6</sup>. En los distintos documentos, y en las mismas sentencias piloto de la Corte, se exponen las ideas fuerza de este nuevo procedimiento, las que consisten en lograr una reparación más rápida y efectiva a las víctimas, ayudar a los Estados a resolver los problemas subyacentes a la violación de derechos de las personas para que cumplan su rol dentro del Convenio y prevenir con ello futuras violaciones, como así también la de descongestionar la carga de trabajo del Tribunal para poder resguardar el sistema de garantía del Convenio<sup>7</sup>. El procedimiento piloto fue contemplado formalmente, luego de la Declaración de Interlaken, en el art. 61 del reglamento de la Corte en el año 2011<sup>8</sup>.

**El procedimiento piloto está orientado a instar a los Estados a la resolución de los problemas estructurales, sistémicos y similares disfuncionalidades que subyacen en los casos repetitivos (o clónicos) y son fuente de las violaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

El procedimiento se inicia cuando el Tribunal advierte que los hechos del caso revelan la existencia en el Estado de un problema de esas características que dan origen, o pueden dar origen a similares peticiones. El Tribunal selecciona, a iniciativa propia o a instancia de parte, uno o más casos testigo o representativos en los que considera aplicable el procedimiento. Iniciado el procedimiento, está prevista la consulta a las partes para que opinen de manera no vinculante

sobre la existencia de esa disfuncionalidad y la conveniencia de procesar las peticiones pendientes conforme al procedimiento piloto.

La aplicación del procedimiento piloto conlleva la tramitación del asunto como prioritario para el Tribunal y concluye con el dictado de la sentencia que debe incluir la identificación de la naturaleza estructural o sistémica del problema o de la disfuncionalidad detectada, la violación al convenio y las medidas correctivas que el Estado debe tomar. El Tribunal puede determinar el plazo para el cumplimiento de las medidas generales, y para ello debe tener en cuenta la naturaleza de las medidas solicitadas y el tiempo en que puede ser remediado a nivel doméstico.

**El procedimiento piloto se caracteriza no solo por la determinación de medidas generales para solucionar los problemas estructurales o sistémicos subyacentes, sino también porque el Tribunal puede involucrar la suspensión o congelamiento en forma temporaria de los casos análogos que responden a la misma disfuncionalidad o problema, para dar al Estado la oportunidad de cumplir con las medidas y de resolver la situación de las personas igualmente situadas.**

El mismo Tribunal ha indicado que no procede la suspensión cuando el caso involucra los más fundamentales derechos garantizados por el Convenio<sup>9</sup>. La Corte también puede dejar la cuestión indemnizatoria pendiente hasta la adopción de las medidas generales dispuestas. Sin embargo, la Corte está facultada también a levantar la suspensión y entender en los casos individuales cuando estime que la adecuada administración de justicia así lo exige, lo que hace habitualmente cuando el Estado incurre en incumplimientos totales o parciales con las sentencias piloto. De esta manera, la sentencia piloto combina una respuesta general y también individual, e incluye generalmente entre las medidas a adoptar por el Estado la de crear o reforzar un remedio local capaz de resolver los casos similares, inclusive aquellos que se encuentran suspendidos o en trámite ante el Tribunal, es decir, un mecanismo interno capaz de responder a la solución de la violación convencional que implica en los hechos una especie de reenvío del asunto para la aplicación del criterio convencional al interior del Estado.

**La reglamentación del procedimiento establece también que en el caso de que las partes arriben a un acuerdo amistoso en el procedimiento piloto, ese acuerdo debe contener una declaración del Estado sobre la implementación de las medidas generales identificadas en la sentencia piloto, como así también la respuesta a brindar a los actuales y potenciales peticionarios.**

Si bien este procedimiento tiene muchos aspectos a desarrollar, la cuestión del alcance de las medidas que dispone el Tribunal es uno de los más relevantes. Al respecto ha habido opiniones disímiles: por un lado se ha requerido mayor claridad en cuanto a las medidas concretas que el Estado debe tomar para facilitar su cumplimiento, y por el otro se ha pedido que se respete el margen de apreciación nacional de los Estados<sup>10</sup>.

Estas dificultades no han sido óbice para el trabajo del Tribunal, ya que no ha habido prácticamente oposiciones, salvo algunas críticas basadas en el fundamento normativo del instituto. Sin embargo, el TESH han intentado moverse dentro de esos márgenes de prudencia, con sentencias piloto que tienen en mira la posibilidad de su cumplimiento para sostener la autoridad del Tribunal y su poder de persuasión, y la de promover el cumplimiento del convenio a nivel nacional frente a la mejor posición que tiene el Estado para resolver con prontitud la violación de derechos.

Así, para conservar ese equilibrio ha habido casos en los que el Tribunal se ha limitado a indicar cuál era el problema estructural o sistemático a resolver, otros en los que ha avanzado en las medidas concretas a tomar por el Estado, o ha sugerido solo en los considerandos de la sentencia medidas concretas o de manera ejemplificativa, buenas prácticas de otros Estados.

Lo delicado del nuevo rol del Tribunal de cara al procedimiento piloto, ha llevado a la doctrina a considerar que ahora la labor del Tribunal se asemeja más a la de una Corte Constitucional, ya que la mayoría de estos casos involucran la incompatibilidad de la legislación nacional con el convenio.

---

## El procedimiento piloto está orientado a instar a los Estados a la resolución de los problemas estructurales, sistémicos y similares disfuncionalidades que subyacen en los casos repetitivos (o clónicos) y son fuente de las violaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

La doctrina ha diferenciado las sentencias piloto como aquellas en las que el Tribunal determina la aplicación del procedimiento en forma expresa, y como sentencias cuasi piloto a aquellas en las que se dan algunas características de las sentencias piloto (la existencia de un problema sistemático o estructural y la orden de adoptar medidas apropiadas en el marco del art. 46 del reglamento) sin que el Tribunal someta el caso al procedimiento especial. Es importante saber que hay casos que no han sido tratados como sentencia piloto, pero que luego el Tribunal los ha catalogado como tales.

En el equilibrio político de las nuevas funciones del Tribunal Europeo que hemos mencionado, es crucial el rol que se le asigna al órgano político del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, quien se ocupa de la ejecución de las sentencias del Tribunal. A partir del protocolo N° 14, se reforzó ese rol a cargo del Comité, facultándolo a presentar pedidos de aclaratoria de sentencia, y de asistir a los Estados en el cumplimiento de las medidas dispuestas. Esta supervisión reforzada también es una supervisión prioritaria e implica un enfoque mucho más proactivo de parte del Comité, asistiendo a los Estados en la identificación del contenido de las medidas preparatorias requeridas y ejerciendo, de ser necesario, más presión sobre el Estado en cuestión para que acate con prontitud la sentencia.

Generalmente el Comité le va a pedir al Estado que presente un plan de acción para cumplir con la sentencia lo que va a orientar su actividad de supervisión y asistencia (hemos visto en algunos casos locales también esa modalidad cuando están en juego deficiencias estructurales o sistémicas). Ello abre un interesante diálogo entre el Estado y el Comité, pudiendo este último brindar asistencia técnica movilizándolo otros

organismos del Consejo de Europa para superar las dificultades que se presenten en la ejecución de la sentencia. También en la supervisión política del cumplimiento de la sentencia, el parlamento viene jugando un rol relevante respecto a los Estados lentos o resistentes al cumplimiento, haciendo visitas con comitivas parlamentarias para fortalecer el diálogo, la asistencia y también, claro, la presión de cumplimiento.

Si el Estado cumple, las peticiones pendientes pueden ser declaradas inadmisibles ya sea con fundamento en la necesidad de agotar los nuevos recursos internos creados, es decir en forma sobreviniente, o porque la nueva legislación o mecanismo provee suficiente remedio a las víctimas.

**El incumplimiento del Estado involucra el informe del Comité a la Corte, la que puede, por ejemplo, levantar la suspensión de los casos pendientes. En casos extremos el incumplimiento por parte de un Estado de una sentencia del Tribunal Europeo puede llegar a involucrar la suspensión del derecho de voto en el Comité de Ministros o incluso la expulsión del Consejo de Europa, lo que aún no hemos visto acontecer.**

El procedimiento de sentencias piloto o cuasi piloto, ha sido aplicado por la Corte Europea en numerosas oportunidades con el fin de resolver problemas sistemáticos o estructurales, que generalmente responden a legislación o práctica Estatal, ya sea administrativa o judicial. Desde el año 2004 en el tribunal se han tratado más de 20 grandes grupos de casos con sentencias piloto.

## Casos en los que se aplicó el procedimiento de sentencias piloto

Los casos tratados por el Tribunal con el procedimiento piloto responden, al menos hasta la fecha, a grandes grupos diferenciados, teniendo como base la violación de derechos humanos involucrada. En estos grandes grupos de casos encontramos los casos relativos a:

- a) **Tratos inhumanos y degradantes** referidos a condiciones de detención como la falta de espacio en las celdas, escasez de lugares para dormir, acceso limitado a la luz y al aire fresco, falta de privacidad en el uso de los sanitarios como así también la falta de recursos correctivos a nivel nacional, como en las sentencias de los casos *Ananyev y otros c. Rusia*<sup>11</sup> y *Toerreggiani y otros c. Italia*<sup>12</sup>; entre otros;
- b) **Prolongada falta de ejecución de decisiones** judiciales y falta de recursos aplicables a subsanar esa situación a nivel nacional, por ejemplo, en los casos rusos de la sentencia *Burdov c. Rusia*<sup>13</sup>, los casos de Ucrania de la sentencia *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucrania*<sup>14</sup>, los casos Moldavos sobre la ejecución de sentencias que ordenan la provisión de viviendas en *Olaru y otros c. Republica de Moldavia*<sup>15</sup>; entre otros;
- c) **Excesiva duración de los procesos** (plazo razonable) ya sea en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial (civil, penal, laboral, etc.) y falta de recursos internos para subsanar esa situación, como los casos *Rumpf c. Alemania*<sup>16</sup>; *Athanasiou y otros c. Grecia*<sup>17</sup> y *Dimitrov y Hamanov c. Bulgaria*<sup>18</sup>; entre otros;
- d) **Violaciones generalizadas al derecho de propiedad** como los casos *Broniowski c. Polonia*<sup>19</sup>, *Hutten-Czapska c. Polonia*<sup>20</sup> y el interesante caso *M.C. y otros c. Italia*<sup>21</sup> entre otros.

También el Tribunal ha entendido en casos relativos a derechos políticos, como la situación del derecho a voto de los condenados, y en cuestiones de ciudadanía. Respecto al derecho a voto de los condenados el Tribunal, luego de fallar

el caso individual en la sentencia *Hirst c. Reino Unido*<sup>22</sup> en el año 2005, vuelve a expedirse respecto a esa violación al convenio en el año 2010 en la sentencia piloto del caso *Greens y M.T. c. RU*<sup>23</sup>, ante la falta de reforma de la ley que prohíbe el derecho a voto de las personas condenadas y a la presentación de 2.280 peticiones similares desde esa sentencia. La sentencia piloto del caso *Greens*, que ordenaba la reforma legislativa en los términos del caso *Hirst*, no fue cumplida por el Estado y por ello el Tribunal determinó en el año 2013 levantar la suspensión de los casos relacionados que se encontraban pendientes. Asimismo, respecto a los derechos de ciudadanía y residencia, en el año 2012 el tribunal dictó una sentencia piloto en un caso, *Kuric y otros c. Eslovenia*<sup>24</sup>, que involucra la falta de regularización en el estatus de residencia de ex nacionales de Republica Socialista Federal de Yugoslavia. Luego de la declaración de independencia de Eslovenia estas personas habían perdido su estatus de residentes, ya que habían sido borrados de los registros por no haber cumplido con el trámite de ciudadanía en los plazos de caducidad dispuestos por una legislación interna. El número de personas afectadas era de aproximadamente 13.000 personas. La Corte ordena al Estado que establezca un mecanismo de reparación para las personas damnificadas y suspenda el trámite de los casos análogos.

Asimismo, para tener un somero panorama de la evolución del procedimiento piloto, voy a comentar las primeras sentencias del Tribunal Europeo. El caso que inaugura pretorianamente el procedimiento bajo la aplicación del art. 46 del reglamento del TEDH, es el caso *Broniowski c. Poland* de 2004, también llamado caso del río Bug. En este caso el Tribunal trata la situación de personas que fueron privadas de sus bienes, en el contexto de la segunda guerra mundial, debido a la delimitación de la frontera de Polonia, y que no habían sido indemnizadas, pese a la obligación asumida por el Estado de Polonia de hacerlo.

Las más de 167 peticiones presentadas ante el TEDH se basaban en la violación al derecho a la propiedad privada contenido en el art. 1 del Protocolo N° 1 al CEDH que afectaba a aproximadamente unas 80.000 personas. El tribunal notó que la violación al derecho a la propiedad privada obedecía a un problema sistémico

---

## El incumplimiento del Estado involucra el informe del Comité a la Corte, la que puede, por ejemplo, levantar la suspensión de los casos pendientes. En casos extremos el incumplimiento por parte de un Estado de una sentencia del Tribunal Europeo puede llegar a involucrar la suspensión del derecho de voto en el Comité de Ministros o incluso la expulsión del Consejo de Europa, lo que aún no hemos visto acontecer.

---

resultante de la legislación polaca y de la práctica administrativa del país, que fallaba en los mecanismos para la implementación del derecho a la indemnización de los demandantes del caso.

La misma Corte Constitucional del país había reconocido esa situación y declarado la inconstitucionalidad de la legislación específica y señalado que el problema respondía a una “disfunción sistémica inadmisibles”. El TEDH se basó en el art. 46 del CEDH, y la obligación del Estado de adoptar conforme al principio de libertad de medios, las medidas necesarias para restablecer la situación inicial y no repetición del ilícito, y concluyó que, a los efectos de la ejecución de sentencia, el Estado debía adoptar medidas generales en el ámbito nacional que abarcaran al conjunto de los demandantes involucrados en el asunto. El Estado cumplió con la sentencia piloto y sancionó una nueva ley para hacer posible la compensación económica. El Tribunal fue resolviendo los casos irradiados por el procedimiento piloto en distintas etapas hasta el archivo final de todas las peticiones.

La segunda sentencia piloto del Tribunal es la del caso *Hulten-Czopska c. Polonia*, también sobre el derecho de propiedad y que se refiere a la impugnación de una ley que establecía restricciones a los alquileres con el fin de proteger a los locadores frente a incrementos excesivos de la renta, pero que en los hechos había producido pérdidas económicas de los propietarios. El Tribunal relevó que el sistema de control de alquileres era susceptible de afectar a un número importante de personas (alrededor de cien mil

propietarios y de seiscientos mil a novecientos mil inquilinos) aunque solo había 18 casos pendientes ante el Tribunal, y dictó una sentencia ordenando al Estado a poner fin a la violación al Convenio y a establecer un sistema que garantice el balance entre los intereses de los locadores y los intereses de la comunidad.

Unos años después, en 2009, el Tribunal se expide primero en el caso *Burdov c. Rusia* y luego en el caso *Olaru y otros c. Moldavia*, sobre la inexecución de sentencias judiciales. El caso *Olaru*, se refiere a la inexecución de sentencias que involucraban la orden de provisión de viviendas sociales. El problema estructural que trata esta sentencia consiste en la falta de ejecución de sentencias firmes dictadas a la luz de la legislación moldava sobre la vivienda, que concede un derecho de acceso a viviendas sociales para agentes de la policía con el argumento de la falta crónica de fondos disponibles para los gobiernos locales. En virtud de ello, fueron llegando al Tribunal numerosos casos cuyo número y circunstancia fáctica motiva a la Corte a aplicar el procedimiento piloto. El Tribunal exigió al Estado que en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que la sentencia quedara firme, debía establecer un recurso interno efectivo por la no ejecución o la ejecución tardía de sentencias firmes internas relativas a las viviendas sociales y que en el plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, debía otorgar un resarcimiento a todas las víctimas de la falta de ejecución en los casos presentados ante el Tribunal con anterioridad al pronunciamiento de la presente sentencia. Esta sentencia motivó

que Moldavia reforme en julio de 2011 su legislación, adoptando las recomendaciones e introduciendo un nuevo recurso interno contra la falta de ejecución de las sentencias judiciales definitivas y contra la duración irrazonable de los procedimientos. Sin embargo, luego de ello, ante nuevos incumplimientos del Estado, el Tribunal sentenció una serie de nuevos casos similares. El 7 de julio de 2015 la Corte se expidió en el caso *Morari y Spiridonov c. Moldova*, rechazando el argumento del Estado que sostenía que el retiro del agente significaba su pérdida de titularidad del derecho, entre otros casos.

Finalmente, sin agotar el universo de casos, entre los casos pioneros que han delineado y consolidado el procedimiento me gustaría mencionarles el caso *Lukenda c. Eslovenia*<sup>25</sup> del año 2005, que si bien no fue sometido al procedimiento piloto fue calificado como tal con posterioridad por el TEDH. El caso trata sobre la violación del derecho a un juicio justo dentro de un plazo razonable. En su sentencia el Tribunal sostiene la existencia de un problema sistémico resultante de una legislación inadecuada y de la ineficiencia en la misma administración de justicia. Asimismo, indicó que el problema representaba un peligro que afectaba a toda persona que buscaba la protección judicial de sus derechos, y por ello incentivó al Estado a que instaure recursos efectivos a nivel local. En los meses siguientes al dictado de esta sentencia el tribunal comenzó a trabajar en los aproximadamente 200 casos comparables que se encontraban pendientes, motivando al Estado a dictar finalmente una nueva legislación para resolver el problema, destinada a acelerar los procesos y reconocer la compensación en los casos de demora. Una vez que el Estado puso en funcionamiento el nuevo mecanismo, el Tribunal declaró inadmisibles los casos análogos.

### Conclusiones

**El incremento del litigio de naturaleza estructural frente a deficiencias en las políticas públicas de los Estados, hizo necesario para el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, idear nuevos mecanismos procesales que permitan un acceso a la justicia pleno y preventivo de nuevas violaciones.**

Su implementación desliza la tutela jurisdiccional marcando un equilibrio distinto en la relación político-jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una de las claves del éxito de la introducción de este novedoso instituto parece haber radicado en el apoyo de los Estados, en que el mecanismo tiene como uno de sus ejes ayudar a los Estados a cumplir con el convenio y en que, entre otros, la supervisión de la ejecución de la sentencia queda en manos de un organismo político, el Comité de Ministros.

### **La presencia de casos repetitivos ante problemas estructurales o sistémicos en la legislación y práctica administrativa o judicial no es ajena a nuestra realidad local.**

En la Ciudad de Buenos Aires hay un gran abanico de casos que responden a deficiencias sistémicas, algunas claramente identificables por las sucesivas y reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad (por ejemplo, casos relativos al acceso a subsidios habitacionales). Asimismo, la Ciudad de Buenos Aires tiene una poderosa herramienta en la acción declarativa de inconstitucionalidad, que aún no se ha aplicado en todo su esplendor y potencia. En el plano nacional contamos con sentencias similares que se acercan notablemente al procedimiento piloto, como las de los casos “Verbitsky” –en el que la Corte Suprema Nacional decide sobre la situación de alrededor de 6.000 personas presas sin condena detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires– o del caso “Mignone” –en el que la Corte se refiere al derecho a voto de los presos sin condena y ordena al Estado adoptar medidas para el ejercicio del derecho.

**En nuestros casos ha sido la legitimación activa la herramienta para habilitar el alcance general de las sentencias y también la disposición de medidas generales a nivel jurisdiccional. Pese a ello, aún persisten en nuestro sistema judicial importantes dificultades en la gestión de los casos repetitivos que responden a falencias estructurales o sistémicas.**

Se debe tal vez paradójicamente a los problemas también estructurales de nuestros procesos judiciales que nos han limitado las opciones y posibles soluciones al mayor o menor alcance del instituto de la legitimación activa.

---

## La presencia de casos repetitivos ante problemas estructurales o sistémicos en la legislación y práctica administrativa o judicial no es ajena a nuestra realidad local.

---

Para concluir, señalo que el procedimiento de las sentencias piloto es una interesante herramienta que ha desarrollado el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos para dar una respuesta a estas deficiencias, prevenir la repetición de violaciones de derechos, hacer más eficiente y equitativo el mecanismo de resolución de conflictos y resguardar el sistema de protección aliviando el trabajo del tribunal.

Asimismo, y toda vez que se trata de un procedimiento en una jurisdicción internacional, refuerza el principio de subsidiariedad de los sistemas de protección de los derechos humanos, y la garantía de no repetición. En el presente artículo he presentado y difundido este mecanismo creativo, en el entendimiento que este ejemplo y su jurisprudencia, puede contribuir a incentivar la propia creatividad local para repensar nuestras herramientas para que den acabada garantía a los derechos, en el difícil equilibrio político jurídico institucional.

### Notas

2. A julio de 2015 el TEDH tenía aproximadamente unos 64.000 casos pendientes.

3. Entre la bibliografía de consulta que se encuentra disponible en la web recomiendo a Elisabeth Lambert Abdelgawad, "El Tribunal Europeo de Derechos humanos y la Técnica de las sentencias Piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo: Una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo", UNED Revista de Derecho Político, núm. 69, 2007; Joana Abrisketa Uriarte, "Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador", Revista española de derecho internacional, ISSN 0034-9380, Vol. 65, N° 1, 2013; Antoine Buyse "The pilot judgement procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges", Greek Law Journal, 2009; entre otros.

4. TEDH sentencia de 22 de junio de 2004.

5. Antes de esta sentencia el Tribunal hacía uso exclusivamente del art. 41 que lo faculta a establecer una satisfacción equitativa ante una violación del convenio.

Pero como señala el juez Zupanic, es esa sentencia, en el caso de una violación continua la compensación económica no era suficiente para solucionar el problema de las personas en la misma situación.

6. Establecido el 13 de mayo de 2004, aunque entró en vigor el 1 de junio de 2010.

7. La Corte Interamericana desde sus primeras sentencias ha incluido dentro de las medidas a tomar por el Estado, medidas generales basándose principalmente en el principio de reparación integral y no repetición.

8. [http://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf)

9. Por ejemplo, en el caso *Anayev y otros c. Rusia* de 2012, respecto a las condiciones de detención de personas privadas de su libertad.

10. El desarrollo de este punto merece un artículo aparte. En lo que aquí respecta me gustaría señalar solamente que se ha indicado que el procedimiento piloto es una respuesta pragmática. En ese sentido ahonda la reflexión del juez Zupanic, en su voto particular de la sentencia piloto del caso *Hutten-Czapska* cuando refiriéndose al margen de apreciación nacional del Estado señala: "Con el fin de respetar el espíritu del Convenio, tomemos en serio esas vacilaciones políticas y centrémonos en la cuestión siguiente: ¿Es mejor para Polonia ser condenada por el Tribunal Europeo en 80.000 ocasiones y tener que pagar todos los gastos y costas procesales determinadas en esos 80.000 asuntos, o resulta preferible decirle a este país: "¡Miren, ustedes tienen que resolver un grave problema y preferimos que lo resuelvan en su casa...!". Si ello puede ayudarles, vamos a indicarles cuáles son para nosotros las normas mínimas a tomar en consideración a tal efecto..." ¿Cuál de estas dos soluciones es más respetuosa con la soberanía nacional?".

11. TEDH, sentencia de 10 de enero de 2012.

12. TEDH, sentencia de 8 de enero de 2013.

13. TEDH, sentencia de 15 de enero de 2009.

14. TEDH, sentencia de 15 de octubre de 2009.

15. TEDH sentencia de 28 de julio de 2009.

16. TEDH, sentencia de 2 de septiembre de 2010.

17. TEDH, sentencia de 21 de diciembre de 2010.

18. TEDH, sentencia de 10 de mayo de 2011.

19. TEDH, sentencia de 22 de junio de 2004. Gran Sala.

20. TEDH, sentencia de 19 de junio de 2006. Gran Sala.

21. TEDH, sentencia de 3 de septiembre de 2013.

22. TEDH, sentencia de 6 de octubre de 2005.

23. TEDH, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

24. TEDH, sentencia de 26 de junio de 2012. Gran Sala.

25. TEDH, sentencia de 6 de octubre de 2005

# CARTA MUNDIAL POR EL DERECHO A LA CIUDAD

*La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad fue discutida en los Foros Social de las Américas (Quito - 2004), Mundial Urbano (Barcelona - 2004), Social Mundial (Porto Alegre - 2005) y reflejada en el presente documento final.*

## PREÁMBULO

Iniciamos este nuevo milenio con la mitad de la población viviendo en ciudades. Según las proyecciones, en el 2050 la tasa de urbanización en el mundo llegará a 65%. Las ciudades son, potencialmente, territorios con gran riqueza y diversidad económica, ambiental, política y cultural. El modo de vida urbano influye sobre el modo en que establecemos vínculos con nuestros semejantes y con el territorio.

Sin embargo, en sentido contrario a tales potencialidades, los modelos de desarrollo implementados en la mayoría de los países empobrecidos se caracterizan por establecer niveles de concentración de renta y de poder que generan pobreza y exclusión, contribuyen a la depredación del ambiente y aceleran los procesos migratorios y de urbanización, la segregación social y espacial, y la privatización de los bienes comunes y del espacio público. Estos procesos favorecen la proliferación de grandes áreas urbanas en condiciones de pobreza, precariedad y vulnerabilidad ante los riesgos naturales.

Las ciudades están lejos de ofrecer condiciones y oportunidades equitativas a sus habitantes. La población urbana, en su mayoría, está privada o limitada -en virtud de sus características económicas, sociales, culturales, étnicas, de género y

edad- para satisfacer sus más elementales necesidades y derechos. Contribuyen a ello las políticas públicas, que al desconocer los aportes de los procesos de poblamiento popular a la construcción de ciudad y de ciudadanía, violentan la vida urbana. Graves consecuencias de esto son los desalojos masivos, la segregación y el consecuente deterioro de la convivencia social.

Este contexto favorece el surgimiento de luchas urbanas que, pese a su significado social y político, son aún fragmentadas e incapaces de producir cambios trascendentes en el modelo de desarrollo vigente.

Frente a esta realidad, y la necesidad de contrarrestar sus tendencias, organizaciones y movimientos urbanos articulados desde el I Foro Social Mundial (2001) han discutido y asumido el desafío de construir un modelo sustentable de sociedad y vida urbana, basado en los principios de solidaridad, libertad, equidad, dignidad y justicia social y fundamentado en el respeto a las diferentes culturas urbanas y el equilibrio entre lo urbano y lo rural. Desde entonces, un conjunto de movimientos populares, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, foros y redes nacionales e internacionales de la sociedad civil, comprometidas con las luchas sociales por ciudades justas, democráticas, humanas y sustentables, están construyendo una



Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad que busca recoger los compromisos y medidas que deben ser asumidos por la sociedad civil, los gobiernos locales y nacionales, parlamentarios y organismos internacionales para que todas las personas vivan con dignidad en nuestras ciudades.

**El Derecho a la Ciudad amplía el tradicional enfoque sobre la mejora de la calidad de vida de las personas centrado en la vivienda y el barrio hasta abarcar la calidad de vida a escala de ciudad y su entorno rural, como un mecanismo de protección de la población que vive en ciudades o regiones en acelerado proceso de urbanización.** Esto implica enfatizar una nueva manera de promoción, respeto, defensa y realización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales garantizados en los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos,

En la ciudad y su entorno rural, la correlación entre estos derechos y la necesaria contrapartida

de deberes es exigible de acuerdo a las diferentes responsabilidades y situaciones socio-económicas de sus habitantes, como forma de promover la justa distribución de los beneficios y responsabilidades resultantes del proceso de urbanización; el cumplimiento de la función social de la ciudad y de la propiedad; la distribución de la renta urbana y la democratización del acceso a la tierra y a los servicios públicos para todos los ciudadanos, especialmente aquellos con menos recursos económicos y en situación de vulnerabilidad.

Por su origen y significado social, la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad es, ante todo, un instrumento dirigido a fortalecer los procesos, reivindicaciones y luchas urbanas. Está llamada a constituirse en plataforma capaz de articular los esfuerzos de todos aquellos actores –públicos, sociales y privados– interesados en darle plena vigencia y efectividad a este nuevo derecho humano mediante su promoción, reconocimiento legal, implementación, regulación y puesta en práctica.

## Parte I - Disposiciones Generales

### Artículo I. DERECHO A LA CIUDAD

**1.-** Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual, así como a preservar la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta Carta.

**2.-** El **Derecho a la Ciudad** es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Esto supone la inclusión de los derechos al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias; a fundar y afiliarse a sindicatos; a seguridad social, salud pública, agua potable, energía eléctrica, transporte público y otros servicios sociales; a alimentación, vestido y vivienda adecuada; a educación pública de calidad y la cultura; a la información, la participación política, la convivencia pacífica y el acceso a la justicia; a organizarse, reunirse y manifestarse. Incluye también el respeto a las minorías y la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural y el respeto a los migrantes.

El territorio de las ciudades y su entorno rural es también espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos colectivos como forma de asegurar la distribución y el disfrute equitativo,

universal, justo, democrático y sustentable de los recursos, riquezas, servicios, bienes y oportunidades que brindan las ciudades. Por eso el Derecho a la Ciudad incluye también el derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la participación en la planificación y gestión urbana y a la herencia histórica y cultural.

**3.-** La ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes.

**4.-** A los efectos de esta Carta, el concepto de ciudad tiene dos acepciones. Por su carácter físico, la ciudad es toda metrópoli, urbe, villa o poblado que esté organizado institucionalmente como unidad local de gobierno de carácter municipal o metropolitano. Incluye tanto el espacio urbano como el entorno rural o semirural que forma parte de su territorio. Como espacio político, la ciudad es el conjunto de instituciones y actores que intervienen en su gestión, como las autoridades gubernamentales, los cuerpos legislativo y judicial, las instancias de participación social institucionalizada, los movimientos y organizaciones sociales y la comunidad en general.

**5.-** A los efectos de esta Carta se consideran ciudadanos(as) a todas las personas que habitan de forma permanente o transitoria en las ciudades.

**6.-** Las ciudades, en corresponsabilidad con las autoridades nacionales, deben adoptar todas las medidas necesarias -hasta el máximo de los recursos que dispongan- para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados y con la adopción de medidas legislativas y normativas, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Asimismo, las ciudades, con arreglo a su marco legislativo y a los tratados internacionales, deben dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter para hacer efectivos en ellas los derechos civiles y políticos recogidos en esta Carta.

## **Artículo II. PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS ESTRATÉGICOS DEL DERECHO A LA CIUDAD**

### **1.- EJERCICIO PLENO DE LA CIUDADANÍA Y GESTIÓN DEMOCRÁTICA DE LA CIUDAD:**

1.1. Las ciudades deben ser un ámbito de realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, asegurando la dignidad y el bienestar colectivo de todas las personas, en condiciones de igualdad, equidad y justicia. Todas las personas tienen el derecho de encontrar en la ciudad las condiciones necesarias para su realización política, económica, cultural, social y ecológica, asumiendo el deber de la solidaridad.

1.2. Todas las personas tienen el derecho de participar a través de formas directas y representativas en la elaboración, definición, implementación y fiscalización de las políticas públicas y del presupuesto municipal de las ciudades, para fortalecer la transparencia, eficacia y autonomía de las administraciones públicas locales y de las organizaciones populares.

### **2.- FUNCIÓN SOCIAL DE LA CIUDAD Y DE LA PROPIEDAD URBANA:**

2.1. Como fin principal, la ciudad debe ejercer una función social, garantizando a todos sus habitantes el usufructo pleno de los recursos que la misma ciudad ofrece. Es decir, debe asumir la realización de proyectos e inversiones en beneficio de la comunidad urbana en su conjunto, dentro de criterios de equidad distributiva, complementariedad económica, respeto a la cultura y sustentabilidad ecológica, para garantizar el bienestar de todos y todas los(as) habitantes, en armonía con la naturaleza, para hoy y para las futuras generaciones.

2.2. Los espacios y bienes públicos y privados de la ciudad y de los(as) ciudadanos(as) deben ser utilizados priorizando el interés social, cultural y ambiental. Todos los(as) ciudadanos(as) tienen derecho a participar en la propiedad del

territorio urbano dentro de parámetros democráticos, de justicia social y de condiciones ambientales sustentables. En la formulación e implementación de las políticas urbanas se debe promover el uso socialmente justo y ambientalmente equilibrado del espacio y el suelo urbano, en condiciones seguras y con equidad entre los géneros.

2.3 Las ciudades deben promulgar la legislación adecuada y establecer mecanismos y sanciones destinados a garantizar el pleno aprovechamiento del suelo urbano y de los inmuebles públicos y privados no edificados, no utilizados, subutilizados o no ocupados, para el cumplimiento de la función social de la propiedad.

2.4 En la formulación e implementación de las políticas urbanas debe prevalecer el interés social y cultural colectivo por encima del derecho individual de propiedad y los intereses especulativos.

2.5. Las ciudades deben inhibir la especulación inmobiliaria mediante la adopción de normas urbanas para una justa distribución de las cargas y los beneficios generados por el proceso de urbanización y la adecuación de los instrumentos de política económica, tributaria y financiera y de los gastos públicos a los objetivos del desarrollo urbano, equitativo y sustentable. Las rentas extraordinarias (plusvalías) generadas por la inversión pública, - actualmente capturadas por empresas inmobiliarias y particulares -, deben gestionarse en favor de programas sociales que garanticen el derecho a la vivienda y a una vida digna a los sectores que habitan en condiciones precarias y en situación de riesgo.

### **3.- IGUALDAD, NO-DISCRIMINACIÓN:**

3.1 Los derechos enunciados en esta Carta deben ser garantizados para todas las personas que habiten en forma permanente o transitoria en las ciudades sin discriminación alguna.

3.2 Las ciudades deben asumir los compromisos adquiridos sobre la implementación de políticas públicas que garanticen la igualdad de oportunidades para las mujeres en las ciudades,

expresados en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW), y en las conferencias de Medio Ambiente (1992), Beijing (1995) y Hábitat II (1996), entre otras. Para ello, se deben asignar los recursos necesarios de los presupuestos gubernamentales para la efectividad de dichas políticas y establecer mecanismos e indicadores cuantitativos y cualitativos para monitorear su cumplimiento en el tiempo.

#### 4.- PROTECCIÓN ESPECIAL DE GRUPOS Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

4.1 Los grupos y personas en situación vulnerable tienen derecho a medidas especiales de protección e integración, de distribución de los recursos, de acceso a los servicios esenciales y de no-discriminación. A los efectos de esta Carta se consideran vulnerables a: personas y grupos en situación de pobreza, en riesgo ambiental (amenazados por desastres naturales), víctimas de violencia, con discapacidad, migrantes forzados, refugiados y todo grupo que, según la realidad de cada ciudad, esté en situación de desventaja respecto al resto de los habitantes. En estos grupos, a su vez, serán objeto prioritario de atención las personas mayores, las mujeres, en especial las jefas de hogar, y los(as) niños(as).

4.2 Las ciudades, mediante políticas de afirmación positiva de los grupos vulnerables, deben suprimir los obstáculos de orden político, económico, social y cultural que limiten la libertad, equidad e igualdad de los(as) ciudadanos(as) e impidan el pleno desarrollo de la persona humana y su efectiva participación política, económica, social y cultural en la ciudad.

#### 5.- COMPROMISO SOCIAL DEL SECTOR PRIVADO:

5.1 Las ciudades deben promover que los agentes del sector privado participen en programas sociales y emprendimientos económicos con la finalidad de desarrollar la solidaridad y la plena igualdad entre los habitantes, de acuerdo con

los principios rectores que fundamentan esta Carta.

#### 6.- IMPULSO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA Y POLÍTICAS IMPOSITIVAS PROGRESIVAS:

Las ciudades deben promover y valorar las condiciones políticas y económicas necesarias para garantizar programas de economía solidaria y sistemas impositivos progresivos que aseguren una justa distribución de los recursos y los fondos necesarios para la implementación de las políticas sociales.

## Parte II. Derechos relativos al ejercicio de la Ciudadanía y a la participación en la Planificación, Producción y Gestión de la Ciudad

### Artículo III. PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE LA CIUDAD

1.- Las ciudades deben abrir cauces y espacios institucionalizados para la participación amplia, directa, equitativa y democrática de los(as) ciudadanos(as) en el proceso de planificación, elaboración, aprobación, gestión y evaluación de políticas y presupuestos públicos. Se debe garantizar el funcionamiento de órganos colegiados, audiencias, conferencias, consultas y debates públicos, así como permitir y reconocer los procesos iniciativa popular en la proposición de proyectos de ley y de planes de desarrollo urbano.

2.- Las ciudades, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, deben formular y aplicar políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción, que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

3.- Las ciudades, para salvaguardar el principio de transparencia, deben organizar la estructura



administrativa de modo que garantice la efectiva responsabilidad de sus gobernantes frente a los(as) ciudadanos(as), así como la responsabilidad de la administración municipal ante los demás niveles de gobierno y los organismos e instancias regionales e internacionales de derechos humanos.

#### **Artículo IV. PRODUCCIÓN SOCIAL DEL HABITAT**

Las ciudades deben establecer mecanismos institucionales y desarrollar los instrumentos jurídicos, financieros, administrativos, programáticos, fiscales, tecnológicos y de capacitación necesarios para apoyar las diversas modalidades de producción social del hábitat y la vivienda, con especial atención a los procesos autogestionarios, tanto individuales y familiares como colectivos organizados.

#### **Artículo V. DESARROLLO URBANO EQUITATIVO Y SUSTENTABLE**

**1.-** Las ciudades deben desarrollar una planificación, regulación y gestión urbano-ambiental que garantice el equilibrio entre el desarrollo urbano y la protección del patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico; que impida la segregación y la exclusión territorial; que priorice la producción social del hábitat y garantice la función social de la ciudad y de la propiedad. Para ello, las ciudades deben adoptar medidas que conduzcan a una ciudad integrada y equitativa.

**2.-** La planificación de la ciudad y los programas y proyectos sectoriales deberán integrar el tema de la seguridad urbana como un atributo del espacio público.

## Artículo VI. DERECHO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna respecto a la actividad administrativa y financiera de cualquier órgano perteneciente a la administración de la ciudad, del poder legislativo y del judicial, y de las empresas y sociedades privadas o mixtas que presten servicios públicos.

2.- Los funcionarios del gobierno de la ciudad o del sector privado deben producir la información requerida de su área de competencia en un tiempo mínimo si no cuentan con ella en el momento de efectuarse el pedido. El único límite al acceso a la información pública es el respeto al derecho de las personas a la intimidad.

3.- Las ciudades deben garantizar mecanismos para que todas las personas accedan a una información pública eficaz y transparente. Para ello deberán promover el acceso de todos sectores de la población a las nuevas tecnologías de la información, su aprendizaje y actualización periódica.

4.- Toda persona o grupo organizado, y muy especialmente quienes auto producen su vivienda y otros componentes del hábitat, tiene derecho a obtener información sobre la disponibilidad y ubicación de suelo adecuado, los programas habitacionales que se desarrollan en la ciudad y los instrumentos de apoyo disponibles.

## Artículo VII. LIBERTAD E INTEGRIDAD

Todas las personas tienen derecho a la libertad y a la integridad, tanto física como espiritual. Las ciudades deben comprometerse a establecer garantías de protección que aseguren que esos derechos no sean violados por individuos o instituciones de cualquier naturaleza.

## Artículo VIII. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1.- Todos(as) los(as) ciudadanos(as), tienen derecho a la participación en la vida política local

mediante la elección libre y democrática de los representantes locales, así como en todas las decisiones que afecten las políticas locales de planificación, producción, renovación, mejoramiento y gestión de la ciudad.

2.- Las ciudades deben garantizar el derecho a elecciones libres y democráticas de los representantes locales, la realización de plebiscitos e iniciativas legislativas populares y el acceso equitativo a los debates y audiencias públicas sobre los temas relativos a la ciudad.

3.- Las ciudades deben implementar políticas afirmativas de cuotas para la representación y participación política de las mujeres y minorías en todas las instancias locales electivas y de definición de sus políticas públicas, presupuestos y programas.

## Artículo IX. DERECHO DE ASOCIACIÓN, REUNIÓN, MANIFESTACIÓN Y USO DEMOCRÁTICO DEL ESPACIO PÚBLICO URBANO

Todas las personas tienen derecho de asociación, reunión y manifestación. Las ciudades deben disponer y garantizar espacios públicos para ese efecto.

## Artículo X. DERECHO A LA JUSTICIA

1.- Las ciudades deben adoptar medidas destinadas a mejorar el acceso de todas las personas al derecho y la justicia.

2.- Las ciudades deben fomentar la resolución de los conflictos civiles, penales, administrativos y laborales mediante la implementación de mecanismos públicos de conciliación, transacción, mediación y arbitraje.

3.- Las ciudades deben garantizar el acceso al servicio de justicia estableciendo políticas especiales en favor de los grupos vulnerables de la población y fortaleciendo los sistemas de defensa pública gratuita.

## **Artículo XI. DERECHO A LA SEGURIDAD PÚBLICA Y A LA CONVIVENCIA PACÍFICA, SOLIDARIA Y MULTICULTURAL**

Las ciudades deben crear condiciones para la seguridad pública, la convivencia pacífica, el desarrollo colectivo y el ejercicio de la solidaridad. Para ello deben garantizar el pleno usufructo de la ciudad, respetando la diversidad y preservando la memoria e identidad cultural de todos los(as) ciudadanos(as) sin discriminación alguna.

Las fuerzas de seguridad tienen entre sus principales misiones el respeto y la protección de los derechos de los(as) ciudadanos(as). Las ciudades deben garantizar que las fuerzas de seguridad bajo su mando apliquen el uso de la fuerza estrictamente bajo las previsiones de la ley y bajo control democrático.

Las ciudades deben garantizar la participación de todos(as) los(as) ciudadanos(as) en el control y evaluación de las fuerzas de seguridad.

## **Parte III. Derechos al Desarrollo Económico, Social, Cultural y Ambiental de la Ciudad**

### **Artículo XII. DERECHO AL AGUA, AL ACCESO Y SUMINISTRO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y URBANOS**

1.- Las ciudades deben garantizar a todos(as) los(as) ciudadanos(as) el acceso permanente a los servicios públicos de agua potable, saneamiento, remoción de basura, fuentes de energía y telecomunicaciones, así como a los equipamientos de salud, educación, abasto y recreación, en corresponsabilidad con otros organismos públicos o privados, de acuerdo al marco jurídico del derecho internacional y de cada país.

2.- Las ciudades deben garantizar -aun cuando se haya privatizado la gestión de los servicios públicos con anterioridad a la suscripción de esta Carta- tarifas sociales asequibles y un servicio,

adecuado para todos, especialmente para las personas y grupos vulnerables o sin empleo.

3.- Las ciudades se comprometen a garantizar que los servicios públicos dependan del nivel administrativo más próximo a la población, con participación de los(as) ciudadanos(as) en su gestión y fiscalización. Éstos deberán estar bajo un régimen jurídico de bienes públicos, impidiendo su privatización.

4.- Las ciudades establecerán sistemas de control social de la calidad de los servicios de las empresas prestatarias de servicios, públicas o privadas, en especial en lo relativo al control de su calidad, la determinación de las tarifas y la atención al público.

### **Artículo XIII. DERECHO AL TRANSPORTE PÚBLICO Y LA MOVILIDAD URBANA**

1.- Las ciudades deben garantizar a todas las personas el derecho de movilidad y circulación en la ciudad, de acuerdo a un plan de desplazamiento urbano e interurbano y a través de un sistema de transportes públicos accesibles, a precio razonable y adecuados a las diferentes necesidades ambientales y sociales (de género, edad y discapacidad).

2.- Las ciudades deben estimular el uso de vehículos no contaminantes y se establecerán áreas reservadas a los peatones de manera permanente o para ciertos momentos del día.

3.- Las ciudades deben promover la remoción de barreras arquitectónicas, la implantación de los equipamientos necesarios en el sistema de movilidad y circulación y la adaptación de todas las edificaciones públicas o de uso público y los locales de trabajo y esparcimiento para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad.

### **Artículo XIV. DERECHO A LA VIVIENDA**

1.- Las ciudades, en el marco de sus competencias, deben adoptar medidas para garantizar a todos(as) los(as) ciudadanos(as) que los gastos de vivienda sean soportables de acuerdo a sus

ingresos; que las viviendas reúnan condiciones de habitabilidad, que estén ubicadas en un lugar adecuado y se adapten a las características culturales y étnicas de quienes las habitan.

**2.-** Las ciudades deben facilitar una oferta adecuada de vivienda y equipamientos urbanos para todos(as) los(as) ciudadanos(as) y establecer programas de subsidio y financiamiento para la adquisición de tierras e inmuebles, de regularización de la tenencia del suelo y de mejoramiento de barrios precarios y ocupaciones informales.

**3.-** Las ciudades deben garantizar a los grupos vulnerables prioridad en las leyes, las políticas y los programas habitacionales y asegurar financiamiento y servicios destinados a la infancia y la vejez.

**4.-** Las ciudades deben incluir a las mujeres en los documentos de posesión y propiedad expedidos y registrados, independientemente de su estado civil, en todas las políticas públicas de distribución y titulación de tierras y viviendas que se desarrollen.

**5.-** Las ciudades deben promover la instalación de albergues y viviendas sociales de alquiler para mujeres víctimas de violencia familiar.

**6.-** Todos(as) los(as) ciudadanos(as), en forma individual, en pareja o en grupo familiar sin hogar tienen derecho a exigir de las autoridades la efectiva implementación del derecho a la vivienda adecuada de forma progresiva y mediante aplicación de todos los recursos disponibles. Los albergues, los refugios y el alojamiento de cama y desayuno podrán ser adoptados como medidas provisorias de emergencia, sin perjuicio de la obligación de proveer una solución de vivienda definitiva.

**7.-** Toda persona tiene derecho a la seguridad de tenencia de su vivienda por medio de instrumentos jurídicos que la garanticen y derecho a protección frente a desalojos, expropiaciones o desplazamientos forzados o arbitrarios. Las ciudades deben proteger a los inquilinos de la usura y los desalojos arbitrarios, regulando los alquileres de inmuebles para habitación de acuerdo

a la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

**8.-** Las ciudades deben reconocer como interlocutores directos a las organizaciones y movimientos sociales que reivindican y trabajan por hacer efectivos los derechos vinculados a la vivienda contenidos en esta carta. Muy especial atención, impulso y apoyo deberán dar a las organizaciones de personas vulnerables y en situación de exclusión, garantizando en todos los casos la preservación de su autonomía.

**9.-** El presente artículo será aplicable a todas las personas, incluyendo familias, grupos, ocupantes sin títulos, sin techo y a aquellas personas o grupos de personas cuyas circunstancias de vivienda varían, en particular los nómadas, los viajeros y los romaníes.

## Artículo XV. DERECHO AL TRABAJO

**1.-** Las ciudades, en corresponsabilidad con las autoridades nacionales, deben contribuir, en la medida de sus posibilidades, a la consecución del pleno empleo en la ciudad. Asimismo, deben promover la actualización y la recalificación de los trabajadores, empleados o no, a través de la formación permanente.

**2.-** Las ciudades deben promover la creación de condiciones para combatir el trabajo infantil para que los niños y las niñas puedan disfrutar de la infancia y acceder a la educación.

**3.-** Las ciudades, en colaboración con las demás administraciones públicas y las empresas, deben desarrollar mecanismos para asegurar la igualdad de todos ante el trabajo, impidiendo cualquier discriminación.

**4.-** Las ciudades deben promover el igual acceso de las mujeres al trabajo mediante la creación de guarderías y otras medidas, así como de las personas discapacitadas mediante la implementación de equipamientos apropiados. Para mejorar las condiciones de empleo, las ciudades deben establecer programas de mejora de las viviendas urbanas utilizadas por las mujeres jefas de familia y grupos vulnerables como espacios



de trabajo. Las ciudades deben promover la integración progresiva del comercio informal que realizan las personas de bajos ingresos o desempleadas, evitando su eliminación y la represión hacia los comerciantes informales. También dispondrán espacios acondicionados para el comercio informal y políticas adecuadas para su incorporación en la economía urbana.

#### **Artículo XVI. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SOSTENIBLE**

1.- Las ciudades deben adoptar medidas de prevención frente a la contaminación y ocupación desordenada del territorio y de las áreas de protección ambiental, incluyendo ahorro energético, gestión y reutilización de residuos, reciclaje, recuperación de vertientes, y ampliación y protección de los espacios verdes.

2.- Las ciudades deben respetar el patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico y promover la recuperación y revitalización de las áreas degradadas y de los equipamientos urbanos.

#### **Parte IV. Disposiciones Finales**

##### **Artículo XVII. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN, PROTECCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CIUDAD**

1.- Los organismos internacionales, gobiernos nacionales, provinciales, regionales, metropolitanos, municipales y locales son actores responsables de la efectiva aplicación y defensa de los derechos previstos en esta Carta, así como de los derechos humanos civiles, políticos,

económicos, sociales, culturales y ambientales para todos(as) los(as) ciudadanos(as) en las ciudades, con base en el sistema internacional de derechos humanos y el sistema de competencias vigente en el respectivo país.

**2.-** La no implementación de los derechos previstos en esta Carta, o su aplicación en desacuerdo con sus principios y directrices rectoras o con las normas internacionales y nacionales de derechos humanos vigentes en el país, por los gobiernos responsables, concurrirá en violación al Derecho a la Ciudad que solamente podrá corregirse mediante la implementación de las medidas necesarias para la reparación/reversión del acto o de la omisión que le dieron causa. Esas medidas deberán asegurar que los efectos negativos o daños derivados sean reparados/revertidos de forma tal que se garantice a los(as) ciudadanos(as) la efectiva promoción, respeto, protección y realización de los derechos humanos previstos en esta Carta.

### **Artículo XVIII. MEDIDAS DE IMPLEMENTACIÓN Y SUPERVISIÓN DEL DERECHO A LA CIUDAD**

**1.-** Las ciudades deben adoptar todas las medidas normativas necesarias, de forma adecuada e inmediata, para asegurar el Derecho a la Ciudad de todas las personas, conforme a lo dispuesto por esta Carta. Las Ciudades deben garantizar la participación de los(as) ciudadanos(as) y las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de revisión normativa. Las ciudades están obligadas a utilizar hasta el máximo de sus recursos disponibles para cumplir las obligaciones jurídicas establecidas en esta Carta.

**2.-** Las ciudades deben proporcionar capacitación y educación en derechos humanos a todos los agentes públicos relacionados con la implementación del Derecho a la Ciudad y con las obligaciones correspondientes, en especial a los funcionarios empleados por los órganos públicos cuyas políticas influyan de alguna manera en la plena realización del Derecho a la Ciudad.

**3.-** Las ciudades deben promover la enseñanza y socialización del Derecho a la Ciudad en los

centros educativos, universidades y medios de comunicación.

**4.-** Las ciudades deben establecer, conjuntamente con los habitantes, mecanismos de evaluación y monitoreo mediante un sistema eficaz de *indicadores del derecho a la ciudad*, con diferenciación de géneros, para asegurar el Derecho a la Ciudad con base en los principios y normas de esta Carta.

**5.-** Las ciudades deben supervisar y evaluar con regularidad y globalmente el grado en que se respetan las obligaciones y los derechos de la presente Carta.

### **Artículo XIX. LESIÓN AL DERECHO A LA CIUDAD**

**1.-** Constituyen lesión al Derecho a la Ciudad las acciones y omisiones, medidas legislativas, administrativas y judiciales y prácticas sociales que resulten en el impedimento, recusación, dificultad e imposibilidad de:

- realización de los derechos establecidos en esta Carta;
- participación política colectiva de habitantes, mujeres y grupos sociales en la gestión de la ciudad;
- cumplimiento de las decisiones y prioridades definidas en los procesos participativos que integran la gestión de la ciudad;
- manutención de las identidades culturales, formas de convivencia pacífica, producción social del hábitat, así como las formas de manifestación y acción de los grupos sociales y ciudadanos(as), en especial los vulnerables y desfavorecidos, con base en sus usos y costumbres

**2.-** Las acciones y omisiones pueden expresarse en el campo administrativo, por la elaboración y ejecución de proyectos, programas y planes; en la esfera legislativa, a través de la edición de leyes, control de los recursos públicos y acciones del gobierno; en la esfera judicial, en los juicios y decisiones sobre conflictos colectivos y difusos referentes a temas de interés urbano.

## **Artículo XX. EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA CIUDAD**

Toda persona tiene derecho al acceso y uso de recursos administrativos y judiciales eficaces y completos relacionados con los derechos y deberes enunciados en la presente Carta, incluido el no disfrute de tales derechos.

## **Artículo XXI. COMPROMISOS CON LA CARTA POR EL DERECHO A LA CIUDAD**

### **I - Las redes y organizaciones sociales se comprometen a:**

- 1** Difundir ampliamente esta Carta y potenciar la articulación internacional por el Derecho a la Ciudad en el contexto del Foro Social Mundial, así como en otras conferencias y foros internacionales, con el objetivo de contribuir al avance de la lucha de los movimientos sociales y de las redes de ONG en la construcción de una vida digna en las ciudades;
- 2** Construir plataformas de exigibilidad del Derecho a la Ciudad; documentar y diseminar experiencias nacionales y locales que apunten a la construcción de este derecho;
- 3** Presentar esta Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad a los distintos organismos y agencias del Sistema de las Naciones Unidas y de los Organismos Internacionales Regionales para iniciar un proceso que tenga como objetivo el reconocimiento del Derecho a la Ciudad como un derecho humano.

### **II - Los Gobiernos nacionales y locales se comprometen a:**

- 1** Elaborar y promover marcos institucionales que consagren el Derecho a la Ciudad, así como a formular, con carácter de urgencia, planes de acción para un modelo de desarrollo sustentable aplicado a las ciudades, en concordancia con los principios enunciados en esta Carta;
- 2** Construir plataformas asociativas, con amplia participación de la sociedad civil, para

promover el desarrollo sustentable en las ciudades;

- 3** Promover la ratificación y aplicación de los pactos de derechos humanos y otros instrumentos internacionales y regionales que contribuyan a la construcción del Derecho a la Ciudad.

### **III- Los Parlamentarios se comprometen a:**

- 1** Promover consultas ciudadanas y realizar actividades de cabildeo con el objeto de enriquecer los contenidos del derecho a la ciudad e impulsar su reconocimiento y adopción por las instancias internacionales y regionales de derechos humanos y por los gobiernos nacionales y locales.
- 2** Elaborar y aprobar leyes que reconozcan y consagren el derecho humano a la ciudad, en concordancia con lo enunciado en esta carta y con los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- 3** Adecuar el marco legal nacional y local incorporando las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en materia de derechos humanos, con especial atención en aquellos contenidos en esta carta.

### **IV- Los organismos internacionales se comprometen a:**

- 1** Empezar todos los esfuerzos para sensibilizar, estimular y apoyar a los gobiernos en la promoción de campañas, seminarios y conferencias, así como a facilitar publicaciones técnicas apropiadas que conduzcan a su adhesión a los compromisos de esta Carta;
- 2** Monitorear y promover la aplicación de los pactos de derechos humanos y otros instrumentos internacionales y regionales que contribuyan a la construcción del derecho a la ciudad;
- 3** Abrir espacios de participación en los organismos consultivos y decisorios del Sistema de Naciones Unidas que faciliten la discusión de esta iniciativa.

# PRINCIPIOS RECTORES PARA UNA CIUDAD POR LOS DERECHOS HUMANOS

*Los principios rectores para una Ciudad por los Derechos Humanos fueron adoptados el 17 de mayo de 2014 en el Foro Mundial de Ciudades por los DD.HH, en Gwangjú (Corea).*

Los participantes del Foro se reunieron en la ciudad coreana para aprobar los siguientes Principios rectores de Gwangjú para una ciudad por los Derechos Humanos:

## **Principio 1. Derecho a la ciudad**

- La ciudad por los derechos humanos respeta todos los derechos humanos reconocidos por los correspondientes principios y normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y las constituciones nacionales.
- La ciudad por los derechos humanos trabaja para conseguir el reconocimiento y la implementación del derecho a la ciudad en consonancia con los principios de justicia social, igualdad, solidaridad, democracia y sostenibilidad.

## **Principio 2. No discriminación y discriminación positiva**

- La ciudad por los derechos humanos respeta el principio de igualdad y equidad entre todos los habitantes de sus fronteras administrativas y fuera de estas.
- La ciudad por los derechos humanos implementa la política de no discriminación, que incluye políticas relacionadas con el género así como discriminación positiva para disminuir la desigualdad y empoderar a los grupos marginados y vulnerables incluyendo a los inmigrantes y a las personas que no tienen reconocida la ciudadanía.

## **Principio 3. Inclusión social y diversidad cultural**

- La ciudad por los derechos humanos respeta los valores de la inclusión social y la diversidad cultural sobre la base del respeto mutuo entre comunidades de diferentes orígenes raciales, religiosos, lingüísticos, étnicos y socioculturales.
- La ciudad por los derechos humanos aplica un enfoque sensible a los conflictos con el objetivo de promover la diversidad cultural, que es crucial para la promoción y la protección de los derechos humanos.

## **Principio 4. Democracia participativa y gobernanza responsable**

- La ciudad por los derechos humanos defiende los valores de la democracia participativa, la transparencia y la rendición de cuentas.
- La ciudad por los derechos humanos establece mecanismos efectivos de rendición de cuentas que aseguren los derechos a la información pública, la comunicación, la participación y la decisión en todas las etapas de

la gobernanza local incluyendo la planificación, la formulación de políticas, la elaboración de presupuestos, el seguimiento y la evaluación.

### **Principio 5. Justicia y solidaridad sociales y sostenibilidad**

- La ciudad por los derechos humanos respeta los valores de justicia y solidaridad socioeconómicas y sostenibilidad ecológica.
- La ciudad por los derechos humanos promueve la solidaridad social y el consumo y la producción sostenibles como medios para mejorar la justicia y la solidaridad socioeconómicas y ecológicas entre comunidades urbanas y rurales dentro y fuera del país.

### **Principio 6. Institucionalización y liderazgo político**

- La ciudad por los derechos humanos reconoce la importancia del liderazgo político colectivo a alto nivel por parte del alcalde y de los concejales y su compromiso con los valores de los derechos humanos y la visión de la ciudad por los derechos humanos.
- La ciudad por los derechos humanos asegura una continuidad a largo plazo a través de la institucionalización de programas y presupuestos debidamente dotados de recursos.

### **Principio 7. Transversalización de los derechos humanos**

- La ciudad por los derechos humanos reconoce la importancia de integrar los derechos humanos en las políticas municipales.
- La ciudad por los derechos humanos aplica un enfoque basado en los derechos humanos a la administración municipal y la gobernanza, que incluye la planificación, la formulación de políticas, la implementación, el seguimiento y la evaluación.

### **Principio 8. Instituciones efectivas y coordinación de políticas**

- La ciudad por los derechos humanos reconoce el papel de las instituciones públicas y la importancia de la coordinación y la coherencia de las políticas en materia de derechos humanos en el gobierno local, así como entre el gobierno nacional y el local.
- La ciudad por los derechos humanos establece instituciones efectivas e implementa políticas con personal y recursos adecuados, incluyendo oficina de derechos humanos, plan de acción local básico, indicadores de derechos humanos y evaluación del impacto de los derechos humanos.

### **Principio 9. Educación y formación en derechos humanos**

- La ciudad por los derechos humanos reconoce la importancia del aprendizaje y la educación en materia de derechos humanos como medios para fomentar una cultura de derechos humanos y paz.
- La ciudad por los derechos humanos desarrolla e implementa diversos tipos de programas de educación y formación en derechos humanos para todos los titulares de deberes y de derechos y para otros interesados.

### **Principio 10. Derecho a la reparación**

- La ciudad por los derechos humanos reconoce la importancia del derecho de reparación de manera efectiva.
- La ciudad por los derechos humanos establece mecanismos y procedimientos adecuados, entre ellos defensor del pueblo o comisión municipal de derechos humanos, con ánimo de enmienda, incluyendo medidas preventivas, y mediación, arbitraje y resolución de conflictos.

EUGENIA MARIA REDONDO / FOTOREPORTAJE  
**LA LEGISLATURA PORTEÑA**





