

La contienda judicial como instrumento para la vigencia de las instituciones

Por **INÉS A. D' ARGENIO**.

SUMARIO: 1.- *El contencioso administrativo.* 2.- *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.* 3.- *El contencioso administrativo frente a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.* 4.- *La aplicación directa de la Constitución por los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.* 5.- *La efectiva vigencia de las instituciones como contenido de la contienda judicial.*

1.- El contencioso administrativo

El "contencioso administrativo" ha resistido sistemáticamente en el curso de la historia del derecho occidental como el sistema por excelencia para juzgar a la administración, ha superado a las normas constitucionales de los ordenamientos jurídicos que lo adoptaron, contrariándolas expresamente, y se ha enseñoreado en los tribunales judiciales que lo consideran como un proceso propio de ellos trasplantado a su ámbito tal y como se gestó en un ámbito ajeno a la Justicia, cual es la jurisdicción contencioso administrativa. Hoy pone en jaque a las normas de jerarquía supranacional que consagran derechos humanos esenciales con garantía de la tutela judicial efectiva, impidiéndoles instalar su vigencia a partir de contiendas judiciales, mediante la exigencia de condiciones de admisibilidad formal propias de un esquema de revisión de actos administrativos de autoridad con fuerza ejecutoria que, frente al incumplimiento de tales requisitos adquieren fuerza de verdad legal como si se tratara de sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. Siempre hermanado al ejercicio de un poder discrecional que dice lo que es el derecho en el caso concreto porque tiene el magno encargo de determinar el contenido del interés general adecuado para lograr la felicidad colectiva.

2.- La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza el derecho de acceso a la justicia (art. 12 inc. 6) y otorga al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de las causas judiciales (art. 106), obligando a los otros poderes a dotarlo de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la justicia (art. 108); confiere al Tribunal Superior de Justicia competencia originaria para conocer en las acciones declarativas contra la validez de las leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a ella, con la consecuencia expresa de que la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes (art. 113 inciso 2). Estatuye los tribunales de la Ciudad cuyos jueces son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuesta del Consejo de la Magistratura, en sesiones que expresamente se declaran públicas y previa audiencia pública que celebra la comisión competente de la Legislatura para el tratamiento de los pliegos remitidos por el Consejo (arts. 118 y 120); y confiere al Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad.

Pero además, la Constitución estructura íntegramente el ejercicio de las atribuciones conferidas para la realización efectiva de sus normas, en el marco de una democracia participativa (arts. 1, 19, 21 inciso 9, 26, 27, 29, 45, 47, 48, 52, 54 y 64 y siguientes, entre otros) asegurando la inserción social en la gestión administrativa y la transparencia (arts. 20, 21 inciso 9, 46, 54, 56, 80 inciso 3, etc.), principalmente a partir de la institución de las Comunas como unidades de gestión administrativa descentralizadas (arts. 127 y siguientes)¹. En este marco amplio de participación pública y transparencia, nada indica en el capítulo pertinente que se hayan conferido a la administración pública prerrogativas enmarcadas en su tradicional zona de reserva. Por el contrario, se encarga al jefe de gobierno el ejercicio de la función administrativa en un marco de plena legalidad, obligándolo a “arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión de gobierno de la Ciudad” (especialmente, art. 105 inciso 1) y a integrarse con las instituciones y organizaciones sociales representativas del trabajo, la producción, religiosas, culturales, educativas y los partidos políticos, articulando su interacción con la sociedad civil, para el cometido de elaborar las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad (art. 19); con el mandato expreso de desarrollar políticas sociales para superar las condiciones de pobreza y exclusión, satisfacer las necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente, componentes del derecho a la salud integral, resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos (arts. 17, 20, 31). Y manda “interpretar de buena fe” los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales, disponiendo expresamente que “los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia en su reglamentación y ésta no puede cercenarlos” (art. 10).

3.- El contencioso administrativo frente a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Nada tenía que ver en el marco del ordenamiento jurídico estructurado a partir de tales principios, la presencia de una norma legal impuesta por la tradición y la costumbre imperante en los últimos dos siglos² que regulara la “acción contencioso administrativa” imponiendo condiciones a su

¹ No puede estar ausente en el contexto de este resumen expositivo que abordamos acerca de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a partir de la Constitución de la Ciudad, la obra de AGUSTÍN GORDILLO; porque en ella se plasmaron con mucha anticipación todos y cada uno de los postulados constitucionales referidos a la participación ciudadana, la transparencia, el derecho a la información, la fragmentación del poder central para permitir la vigencia de una democracia deliberativa y lúcida, la vigencia efectiva de las normas supranacionales y, en lo que aquí atañe, la sustitución del “contencioso administrativo” por un proceso inspirado en la garantía universal del acceso a la Justicia y la tutela judicial continua y efectiva. Así lo expusimos en un acto de homenaje que le brindó la Legislatura de la Ciudad en diciembre de 2010, destacando que él pensó la Ciudad en su obra antes de que ésta naciera.

² Dos siglos en que la norma tradicional se repite con algunas mejoras pero sin modificación de su estructura esencial: basta con cotejar todos y cada uno de los códigos procesales provinciales vigentes en nuestro país, dictados a partir de 1900. Y ello es así, a pesar de la prédica de autores de la talla de BARTOLOMÉ FIORINI, sistemáticamente desoído por sus contemporáneos, quien expone acerca del nacimiento del Estado de Derecho pero imbuido de todas las rémoras del absolutismo anterior, entre las que destaca precisamente la presencia del “contencioso administrativo” al que ya consideraba en crisis en la década de 1960. Anticipando la labor de los jueces de la Ciudad que elogiamos en este trabajo, afirmaba que “a medida que se juridiza el poder público más se asemeja el contencioso administrativo a la función judicial”, proponiendo “meter en la horma de la justicia todas las actividades que desarrolla la Administración” (en “La crisis del contencioso administrativo”, La Ley, 107-1168, sistematizado en la obra *Derecho Administrativo Doctrinas Esenciales*,

ejercicio propias de la jurisdicción contencioso administrativa estructurada sobre la base de actos administrativos de autoridad sustraídos al juzgamiento de la justicia. La sola mención del “agotamiento de la instancia administrativa” sobre cuya base se estructura el “contencioso administrativo” en la ley 189 de la Ciudad, otorga a éste el tradicional carácter revisor, contrario al conocimiento y decisión con que define la Constitución el ejercicio de la función judicial, suponiendo que hay una “instancia” administrativa previa a la única instancia posible que es la judicial. De allí la consagración de la pretensión impugnatoria como eje del proceso y toda la parafernalia de requisitos y condiciones pertinentes para cada caso de impugnación que establece la ley procesal, siempre tomando como punto de referencia al acto administrativo de autoridad, único ejercicio posible de la función administrativa sobre cuya base se postula el sistema.

El mandato impuesto a la administración, a través de la creación del Consejo de Planeamiento Estratégico, de *articular su interacción con la sociedad civil* para la elaboración de planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad, es absolutamente incompatible con la *decisión*³ recoleta de la estructura burocrática organizada jerárquicamente que significa el acto administrativo de autoridad, base y razón de ser del “contencioso administrativo”. La participación pública, que al decir de una sentencia judicial⁴ *impregna* toda la estructura constitucional, es absolutamente incompatible con el postulado de la “zona de reserva de la administración” en cuyo seno nació el contencioso administrativo adoptado como proceso revisor de actos de autoridad por la ley 189 de la Ciudad. El mandato constitucional acerca de que los sistemas de administración financiera y gestión de gobierno de la Ciudad deben propender a la descentralización de la ejecución presupuestaria y a la mayor transparencia y eficacia de la gestión (art. 54), supera definitivamente la presencia de una discrecionalidad en el ejercicio de la función administrativa inherente a los límites impuestos históricamente al juzgamiento de la contienda judicial en la materia.

dirigida por AGUSTÍN GORDILLO, investigadores académicos DANIELA ALETTI, MERCEDES AVELDAÑO, ANA PASQUALINI, LEONARDO TOIA, *La Ley*, Tomo IV, página 119). También por los mismos años proponía en España ALEJANDRO NIETO superar al contencioso administrativo considerando que la tarea del derecho administrativo consiste en arbitrar los cauces adecuados para sustituir las viejas formas por acciones populares y subrogatorias, el levantamiento de las restricciones a la legitimación, la inversión del principio jurisdiccional en defensa de todos los intereses y de la legalidad objetiva, la participación de los ciudadanos en la acción administrativa, la revisión del sistema jurisdiccional, el aparato burocrático, etc. (en *La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo*, RAP, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, enero-abril, 1975, y en *Los orígenes de lo contencioso administrativo en España*, RAP, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966).

³ El poder explícito, dice CORNELIUS CASTORIADIS, aparece enraizado en la necesidad de la *decisión (télos)*, y destaca que en la polis democrática griega el *télos* pertenece al conjunto de los ciudadanos (en *El mundo fragmentado*, Caronte Filosofía, La Plata, 2008, páginas 96 y siguientes). Las instituciones y las significaciones imaginarias sociales son creaciones del imaginario social que instituye la *capacidad creadora de la colectividad anónima*, dice en página 122 poniendo de relieve que esa es la característica esencial de la “autonomía” por opuesta a la heteronomía; y llama “política” a la actividad lúcida —actividad colectiva, reflexiva y deliberativa— que tiene por objeto la institución de una sociedad autónoma y las decisiones relativas a las empresas colectivas. ROBERTO GARGARELLA también habla de una concepción deliberativa de la democracia “que considera que las decisiones democráticas se justifican cuando ellas son el resultado de una discusión amplia entre todos los potencialmente afectados por la misma...se trata...de un proceso democrático caracterizado por dos rasgos fundamentales, relacionados con la inclusión social y la deliberación política” (*Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires*, Jurisprudencia Argentina 2010-IV, 29 de diciembre de 2010, en un análisis crítico contrario a un inexplicable cambio jurisprudencial que intentó, por ventura sin éxito, el Tribunal Superior en la causa “Alba Quintana”).

⁴ La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, Sala II, en “*Comercio de Maderas c. GCBA*”, del 8 de noviembre de 2001.

4.- La aplicación directa de la Constitución por los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La aplicación directa del marco constitucional prioritario descripto, ha permitido a la justicia de la Ciudad sustanciar un proceso judicial idóneo para conocer y decidir acerca del cumplimiento efectivo de la gestión administrativa encomendada por la Constitución y por las leyes, principalmente en el magno encargo de la vigencia efectiva de los derechos sociales a que se refiere permanentemente en su texto. El poder judicial de la Ciudad adoptó así una posición de avanzada en el marco de la función judicial encomendada constitucionalmente para “el conocimiento y decisión de todas las causas” (art. 106, concordante con el art. 116 de la Constitución Nacional), que fue luego avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su encomiable tarea de configurar un litigio de derecho público con trascendencia institucional⁵, no solo por sus fallos dictados en el mismo sentido que condenan a la efectiva gestión administrativa omitida por la administración, considerando que rige un “deber jurisdiccional” a tal efecto⁶, sino por la consagración de un postulado esencial relativo a la aplicación judicial directa de la Constitución como principio excluyente de las normas de inferior jerarquía. En la causa *Consumidores Argentinos c/Estado Nacional-PEN-decreto 558/02-ley 20.091 s/amparo ley 16.986*, sentencia del 19 de mayo de 2010 que remite expresamente a la causa *Verrocchi*, la Corte dijo que la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre las normas de inferior jerarquía y la Constitución y, en su caso, a fundar sus fallos en la Constitución con preferencia a las leyes o, en otros términos, no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales⁷. Es imposible no traer a

⁵ Lo estudiamos en *Trascendencia institucional del litigio de derecho público*, publicado en Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 3, septiembre de 2010. En el trabajo citado más arriba, GARGARELLA define esta toma de posición que hacemos propia de los jueces de la Ciudad: “los jueces —dice en la publicación citada, página 13— se encuentran en términos institucionales en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. El Poder Judicial es la institución que recibe querellas de los que son o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones”.

⁶ Especialmente, *“Rozniatowski, Rosa Cristina c/ Estado Nacional-Secretaría de Energía de la Nación”*, fallo del 3 de marzo de 2009.

⁷ Es sumamente interesante la remisión en el considerando 12 de la sentencia que es en el que se desarrolla este concepto, al informe del senador Zapata al presentar en el Senado de la Nación el proyecto de ley de organización de la justicia federal, antecedente de la ley 27, en el año 1857, desarrollando el concepto transcrito. La ley federal 27 consagró luego este principio en su artículo 3º, el que también fue incorporado en las sucesivas constituciones de la Provincia de Buenos Aires y hoy se mantiene en el artículo 57 del texto vigente. A propósito de la cita de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia también hizo aplicación directa de la Constitución en ejercicio de la competencia provisoria que le confirió el artículo 215 para decidir en instancia única y juicio pleno —conservada a ese solo efecto provisorio a partir del texto de la Constitución anterior— las causas judiciales en materia administrativa hasta la instalación del fuero específico (art. 166). En la resolución dictada en el año 2003 en causa “Gainedu” así como en los precedentes inmediatos anteriores a los que remite en esa resolución, se conoce y decide por aplicación directa de la Constitución provincial (artículo 166 último párrafo y artículo 15) prescindiendo de las disposiciones del código procesal administrativo aprobado por ley 12.008 que, al igual que la ley 189 de la Ciudad, estructuró el “contencioso administrativo” ignorando el nuevo diseño del caso en la materia postulado en la Constitución. Esta doctrina dio pie a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín para dictar una magnífica sentencia en causa “Comper S. A.” en la que, con cita expresa del artículo 57 de la Constitución provincial, desplazó la aplicación de las disposiciones del Código que regulan los requisitos para el agotamiento de la “instancia” administrativa en el marco de la pretensión impugnatoria, priorizando el acceso a la justicia por aplicación directa de la Constitución. Sin embargo, la judicatura del fuero en la Provincia de Buenos Aires no ha logrado, lamentablemente, instalar una doctrina judicial en tal sentido pues los jueces de primera instancia en general y los jueces de Cámara, vacilan sin

cuenta, para corroborar esta doctrina, el fallo en causa *Itzcovich, Mabel v. Administración Nacional de la Seguridad Social* de fecha 20 de marzo de 2005, en el que, también con la expresa consigna de que se trata de un “deber jurisdiccional”, la Corte afirma que cuando la aplicación de un precepto legal se pone en colisión con enunciados de jerarquía constitucional los jueces deben apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal.

La toma de posición a la que nos referimos, condujo a los jueces de la Ciudad a condenar a la administración pública local a satisfacer de manera efectiva los derechos sociales consagrados por normas de jerarquía supranacional receptadas en las disposiciones de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad, considerando que el goce de los mismos implica no solo un deber de no coartar acciones autónomas tendientes a su satisfacción, sino que *exige la adopción de medidas positivas por parte del Estado que hagan posible la inclusión social*⁸. Sobre tal base se sometió a conocimiento y decisión el adecuado cumplimiento en forma progresiva de los programas creados por el Gobierno de la Ciudad a efectos de tutelar el *derecho a la vivienda*, en la inteligencia de que todos los actos de la administración son susceptibles de ser confrontados con el derecho vigente para verificar su adecuación al mismo y, por consecuencia, se condenó, en general, a incluir grupos familiares que se encontraban en situación de calle en programas de emergencia habitacional, con alcance cautelar o definitivo según el caso, y aunque estos grupos familiares ya hubiesen gozado de subsidio o asistencia anterior a cuya finalización aún no hubiesen revertido la situación inicial de desamparo⁹; se mandó cumplir con las previsiones impuestas por la ley 350 que disponía la *construcción de una escuela* en la Villa 21¹⁰, y se ordenó al Gobierno que arbitre los medios para que cese la *omisión inconstitucional de asegurar y garantizar el acceso a la educación* de los niños de 45 días a 5 años, considerando un deber inexcusable de la Ciudad asegurar y financiar el acceso a la educación inicial¹¹; se hizo cesar la omisión arbitraria en que incurrió la administración local consistente en no proveer los medios conducentes para rehabilitar el funcionamiento del área de histopatología del Hospital General de Agudos Teodoro Álvarez¹²; y se condenó al Gobierno de la Ciudad a llevar a cabo en el menor tiempo posible las obras

convicción acerca de este comportamiento que impone el artículo 57 de la Constitución, brindando prioridad a los postulados propios del “contencioso administrativo” que los encierra en divagaciones propias de una jurisdicción ajena a la función judicial impuesta constitucionalmente (solo como ejemplo, basta citar “Crivaro” de la Cámara de La Plata y “García Collins” de la Cámara de Mar del Plata).

⁸ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, “*Ortiz, Célida y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*”, del 28 de diciembre de 2001. También la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a postular expresamente la necesidad de que la administración pública demandada adoptara *acciones positivas* para la efectiva gestión de mandatos jurídicos incumplidos, cuando en la contienda se encontraran comprometidos derechos fundamentales (por ejemplo, en “*Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y Provincia de Chaco*”, 18 de setiembre de 2007 y en “*Salas Dino y otros c. Provincia de Salta*”, del 29 de diciembre de 2008).

⁹ En causa “*Ortiz, Célida*” citada en nota anterior; de la misma Sala, “*Sandez, Claudia*”, del 20 de junio de 2002, e “*I., R.P.R. v. Ministerio de Desarrollo Social y otros s/procesos incidentales*”, del 13 de agosto de 2009, entre muchas otras; y de la Sala II en “*Ramallo Beatriz y otros*”, del 12 de marzo de 2002 y “*G., A.M. v. GCBA*” del año 2007, entre muchas otras).

¹⁰ Sala II, en causa “*Asesoría Tutelar v. GCBA*” del 1 de junio de 2001, traída por ALEJANDRA PETRELLA en “*Responsabilidad por omisión y derechos sociales en la Ciudad de Buenos Aires*”, J.A. 2005-II, 1 de junio de 2005.

¹¹ Sala I, “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia v. Gobierno de la Ciudad*” del año 2008.

¹² El caso “*Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”, resuelto en agosto de 2002 por la Sala II de la Cámara, lo trae MARÍA CLAUDIA CAPUTI en un interesante trabajo en el que destaca la desidia, la ineficiencia, el manejo displicente, la inoperancia, que causan desprotección en la cobertura del derecho fundamental a la salud, explicando que en la causa en comentario se denunciaba una severa disminución de materiales y personal que ocasionaba demoras superiores a las médicamente recomendadas

necesarias para la refuncionalización del Hospital Neuropsiquiátrico Torcuato de Alvear y a designar el personal técnico y profesional necesario a fin de cubrir adecuadamente las necesidades de servicio de cada una de las áreas de ese establecimiento asistencial¹³. También se condenó al cumplimiento del mandato legal que dispone la realización de una obra pública de construcción de un hospital a cargo del Ejecutivo, considerando que si el órgano legislativo le impuso a éste un deber activo concreto, la única actitud posible de la administración frente a la ley vigente es someterse a su cumplimiento pues no puede dejar de cumplir con la voluntad legislativa que representa el interés general¹⁴; y se intimó al Gobierno de la Ciudad a acompañar a una causa judicial el cronograma de reformas edilicias y contratación de personal necesario para superar las dramáticas falencias del Hospital Infante Juvenil Carolina Tobar García, insistiendo en una medida cautelar anterior incumplida¹⁵.

Los jueces de la Ciudad imprimieron un cambio profundo a la manera de hacer Justicia. Abandonaron las poltronas de los cómodos despachos para entrar a las villas de emergencia tratando de superar el oprobio que esta denominación causa en el seno de una sociedad civil que no revierte, por años y años, las ostensibles diferencias que le impiden instituirse como tal. El Poder Judicial es la institución que recibe querellas de los que son o sienten que han sido tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones, dice GARGARELLA en un párrafo ya citado, y la desigualdad social es la querella más ostensible de los excluidos en el proceso político de toma de decisiones. En el sistema de derecho administrativo autoritario que impera en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, contra todas las normas supranacionales y constitucionales vigentes, solo la *decisión* adoptada por el poder central en el marco recoleto de una burocracia jerárquicamente organizada puede conferir derechos a los excluidos sociales por lo que, mientras los burócratas no emanen esas decisiones unilaterales de manera idónea, asegurando resultados, los excluidos sociales deben esperar, no importa por cuanto tiempo, porque en el derecho administrativo el único tiempo que importa es el que brinda seguridad jurídica a un acto administrativo ejecutivo¹⁶.

Así permanecemos por años y años los operadores jurídicos del derecho administrativo, sumergidos en una inoperancia inexplicable, sin innovar acerca de procedimientos alternativos de gestión administrativa, y desconectados de la realidad que se imponía notoria ante nuestras narices. Desde el ámbito del derecho constitucional y del derecho procesal se pretendió llamar la atención al respecto, pero la presencia del “contencioso administrativo”, inexorable en su postura autoritaria a pesar del clamor de BARTOLOMÉ FIORINI, echaba por tierra cualquier intento innovador de otra disciplina: los códigos procesales administrativos de todo el país están para ser cumplidos contra toda inconstitucionalidad que los aqueje.

Hasta que aparecieron los jueces de la Ciudad. Y esta no es una noticia periodística ni una expresión poética sino la patencia de una realidad inconfundible. Antes de que la Corte Suprema de

para obtener un diagnóstico afectándose a los enfermos graves que se atendían en ese nosocomio (“La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, en Suplemento La Ley de Derecho Administrativo, con remisión al comentario de GRACIELA CHRISTE, “Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en La Ley 2004-A, 626).

¹³ Sala I en “Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 25 de junio de 2007.

¹⁴ Sala II en “Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 13 de octubre de 2005.

¹⁵ Sala II en “Asociación de profesionales del arte de curar del Hospital Tobar García v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, del 3 de abril de 2009.

¹⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires todavía mantiene la histórica doctrina según la cual solo la adjudicación definitiva del Instituto de la Vivienda hace nacer el derecho a la vivienda de las familias necesitadas de ella.

Justicia de la Nación¹⁷ estructurara una justicia administrativa diferente, ellos ya habían entrado a las villas de emergencia a escuchar a sus ocupantes en el marco de una concepción auténtica de la “audiencia” como principio máximo del proceso judicial que empalidece en su acepción procesal más pura junto con el principio de intermediación, frente a esta novedosa manera de encarar el conflicto. La inserción directa de los jueces de la Ciudad en la realidad social respecto de la cual les corresponde “conocer y decidir”, habilitada por el contenido de una contienda judicial diferente emergente de los mandatos de una Constitución diferente, ha puesto una impronta en el modo de hacer justicia que no tiene retroceso¹⁸.

Solo como ejemplo, en causa *Villa 20 y otras contra Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad y otros s/procesos incidentales*, el juez de primera instancia¹⁹ evaluó la presentación del Asesor Tutelar del fuero GUSTAVO DANIEL MORENO²⁰ en cuanto destacó la indiferencia y la desidia de los funcionarios públicos en relación al caso de la villa 21/24, que la ha sumido en un estado de abandono y desesperanza, censurando el discurso oficial de turno en cuanto encubría su propia violencia por omisión escudándose en la falta de asignación de recursos para el desarrollo de la zona. En su resolución de fecha 4 de setiembre de 2007 el juez constata que luego de más de seis décadas de existencia del asentamiento, la población continúa viviendo en condiciones de extrema precariedad y hacinamiento, en un hábitat degradado, sin servicios elementales y en condiciones que no se condicen con la dignidad de la persona, en el marco de una realidad que indica que este enclave urbano no solo no ha mejorado sino que se ha agravado en el curso de los años²¹. La resolución dictada en la causa no solo manda cautelarmente la suspensión del desalojo dispuesto por la justicia federal sino que se introduce decididamente en la realización de un censo y la celebración de elecciones barriales, en la inteligencia de que existe una vinculación estrecha entre la carencia de representación política democrática y el fracaso de la gestión administrativa.

¹⁷ Que aún conserva irrazonablemente las rémoras del contencioso administrativo cuando aparece desquiciado frente a la doctrina del nuevo litigio de derecho público, como en “*Ruiz, Daniel*” del 19 de octubre de 2010 con la proclama —sin perjuicio del caso— de que los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo de caducidad devienen firmes, o en “*Ramírez Andrés v. Estado Nacional-Secretaría de la Presidencia de la Nación*” del 28 de abril de 2009, cuando exalta la retrógrada reforma efectuada en el año 2000 a la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo para convalidar el criterio de la revisión de oficio de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa.

¹⁸ Lo destacan ROBERTO OMAR BERIZONCE en “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”, Revista de Derecho Procesal 2010-I; LUIS FEDERICO ARIAS en “La justicia argentina frente a la transformación social”, Nuove Autonomie Revista Quadrimestrale di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Palermo, N°3 settembre-dicembre 2010; FEDERICO THEA, “La reforma estructural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ediciones RAP, Año XXXIV, N° 400, p. 70 y ss.

¹⁹ Me permito destacar en este marco, sin perjuicio de los restantes, la figura de los jueces ROBERTO ANDRÉS GALLARDO y VICENTE CATALDO. Los menciono en clases cuando se trata de estudiar el exasperante instituto de la “legitimación procesal” haciendo ver que en las constancias de las causas que sustancian aparecen mencionadas por primera vez con incidencia procesal suficiente, personas a las que se refieren por su nombre y apellido, individualizándolas por ejemplo, como “la señora que vive al lado del galpón del ferrocarril”, y brindando con ello marco a una legitimación procesal indiscutible.

²⁰ Su labor ha sido decisiva y su esfuerzo inagotable en este proceso al que aludimos.

²¹ La sentencia remite a un informe obrante en la causa emitido por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad que constata que solo se construyeron 94 unidades habitacionales en una villa en la que habitan 30.000 personas, que solo hay tres manzanas en proceso de urbanización de las cuarenta existentes y que las distintas gestiones que se sucedieron al frente del Ejecutivo no demostraron mayor esmero en cumplir tales obligaciones.

5-. La efectiva vigencia de las instituciones como contenido de la contienda judicial.

La decisión judicial por excelencia que marca un hito en el proceso de aplicación directa de la Constitución que se describe, fue la adoptada, en primera y segunda instancia, en causa *García Elorrio, Javier M. c. Ciudad de Buenos Aires* en la que, superando aún el contenido de la contienda en relación a las pretensiones que persiguen la imposición de conductas a la administración pública, admitió la acción de amparo promovida por un habitante de la Ciudad ante la omisión del Gobierno y de la Legislatura locales de proyectar, sancionar y promulgar la ley de *creación de Comunas* prevista en los artículos 127 y siguientes de la Constitución local e intimó al Poder Legislativo para que sancione dicha ley durante el período legislativo en curso (la sentencia de segunda instancia es de fecha 19 de mayo de 2003)²². En la misma línea, preservó la vigencia del *presupuesto participativo* consagrado en la Constitución de la Ciudad al anular la Asamblea de Cierre de un área barrial relativa al mismo que se realizó al margen del artículo 52 de dicha Constitución y normas reglamentarias, sin un *nivel de transparencia acorde con la relevancia institucional del acto*. La Cámara del fuero, por su Sala II, destacó que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires constituye una pieza jurídica que se distingue en el universo federal de la República por definir a las instituciones de la Ciudad de Buenos Aires como una democracia participativa (con remisión a *Comercio de Maderas S.A.* ya citada, resuelta el 8 de noviembre de 2001), con especial referencia al presupuesto al que otorga expresamente carácter participativo difiriendo al legislador la tarea de fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos; y analizó las normas legales dictadas en consecuencia y los procedimientos en ellas previstos para garantizar la transparencia privilegiando el espacio local y la proximidad para votar las prioridades presupuestarias de las zonas de que se trate, concluyendo en que los hechos constatados en el caso desvirtúan el carácter que se ha pretendido asignar a las asambleas barriales consistente en el debate entre vecinos y personas que tienen un interés real y concreto en la determinación de las asignaciones presupuestarias del área barrial. No puede omitirse la cita expresa de un párrafo de la sentencia —en el considerando 7— en cuanto afirma que *“no puede soslayarse que el presupuesto participativo —a la vez que el resto de los mecanismos previstos en la Constitución de la Ciudad— presupone la existencia de un nuevo tipo de ciudadano, activo, participante, crítico, que se diferencia del ciudadano tradicional, aquél que solo se afirma mediante demandas aisladas o que apenas ejerce su ciudadanía en ocasión del voto o por revueltas aisladas e impotentes”*²³. Y tampoco podemos omitir a partir de esta cita, volver la atención a CORNELIUS CASTORIADIS traído como eje de reflexión en este trabajo desde sus primeros párrafos.

Sobre las mismas bases, también la Sala II de la Cámara del fuero decidió la procedencia de una acción de amparo fundada en la ley porteña 104 para *vencer la negativa gubernamental a informar sobre sus actos*²⁴; e hizo lugar a una demanda mediante la cual se pretendía el acceso a la totalidad de las declaraciones juradas patrimoniales de los legisladores que integran la Legislatura de la Ciudad, señalando especialmente *la dimensión del derecho a la información* como derecho que importa un

²² El señor juez CARLOS BALBÍN, en disidencia parcial, ordenó también a la Ciudad a que en un plazo de ciento ochenta días convoque a la elección de las autoridades comunales, previo dictado de aquella ley, en la inteligencia de que la vulneración de los derechos del amparista no cesa con ésta sino con la ulterior convocatoria a elecciones.

²³ En causa *“Desplats Gustavo M. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”*, sentencia del 6 de abril de 2004, publicada en el Suplemento de Derecho Administrativo de la Revista Jurídica La Ley con una excelente nota de GUILLERMO SCHEIBLER, “Presupuesto participativo: una redefinición de la relación administración-sociedad civil”. Desde el ejercicio de su función judicial, SCHEIBLER concreta su pensamiento en sentencias que destacan a la participación pública como paradigma constitucional irrenunciable, tal como la dictada en causa *“Parpagnoli, Máximo y otros c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, del 18 de junio de 2009, comentada por nosotros en D’ARGENIO, INÉS A., “Un modelo de gestión administrativa caracterizado por la transferencia de poder hacia la ciudadanía”, LA LEY 2009-D, 664.

²⁴ En causa *“Barcala Roberto”*, sentencia del 20 de setiembre de 2002.

recaudo de otras libertades básicas —de palabra y de prensa— y apuntando que *la elección popular significará relativamente poco si no sabemos qué hacen nuestros representantes*²⁵.

Especial trascendencia adquiere en este orden el tema abordado en causa *Asociación Civil de la Estación Coghlan c. Ciudad de Buenos Aires y otros*, en la que el tradicional contencioso administrativo se inmiscuyó con toda su fuerza de tradición secular para poner un límite a la posibilidad de llevar a la justicia el restablecimiento de la legalidad urbanística transgredida, con apoyo en el carácter no revisable de un acto administrativo consentido²⁶. La sentencia de la Sala II desplazó la vigencia de la norma de inferior jerarquía que había sido invocada trayendo a juicio las rémoras del contencioso administrativo tradicional para decidir *que no se trata de ubicar un momento a partir del cual pueda considerarse que la actora tomó conocimiento del contenido del acto y a partir de ese momento computar un breve plazo para recurrir. Por el contrario* —dijo, siempre en el considerando 6— *de lo que se trata es de posibilitar la efectiva participación y el control comunitario en un tema vinculado a la protección administrativa y judicial de la legalidad urbanística*. Claramente, los jueces se ocuparon de manera prioritaria de cumplir el mandato constitucional de la participación y el control social, desplazando el esquema del derecho administrativo tradicional en el cual no hay posibilidad de participación comunitaria en la preservación de la legalidad aunque se trate de bienes jurídicos de la trascendencia de los tratados en el caso. En realidad, esta sentencia tiene el mérito de restituir el *agorá*, la creación o institución de un espacio público verdadero, aunque en un análisis efectuado desde el derecho administrativo parezca que, simplemente realizó una interpretación razonable de los requisitos formales impuestos para acceder a la justicia administrativa.

En la misma dirección de erradicación del contencioso administrativo —tal y como lo postulaba FIORINI hace cincuenta años— la Sala II se pronunció en *Frávega S.A.* en fecha 28 de diciembre de 2006, un caso en el que en primera instancia se había declarado no habilitado el acceso a la justicia por invocación del artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad en virtud del cual “la decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial”. La sentencia de Cámara desarrolla magníficas argumentaciones a partir del segundo párrafo del considerando 6 partiendo expresamente del *principio de supremacía de la Constitución* del que resulta que una interpretación armónica de las normas constitucionales nacionales o locales *impide en modo claro y terminante aceptar la existencia de una suerte de “zona franca” en cabeza de la administración*, con potestades para emanar una “*decisión*” o declaración unilateral de voluntad con aptitud para producir efectos jurídicos directos e inmediatos, excluida de revisión judicial. Declara así la inconstitucionalidad del artículo 94 citado considerando que la limitación que consagra asigna una suerte de “blindaje” al acto administrativo excluyéndolo del eventual conocimiento judicial, en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 106 de la Constitución de la Ciudad, y que, mantener su vigencia, implicaría consagrar la facultad de la administración para resolver una controversia con fuerza de verdad legal.

En definitiva, existe claramente en la jurisprudencia de la justicia de la Ciudad, la vocación por declarar la vigencia del Estado de Derecho como institución madre de todas las demás instituciones, en la tarea de conocer en contiendas judiciales que así lo plantean. El juzgamiento en tal sentido aparece presente como declaración expresa cada vez que surge esta cuestión esencial, tanto si se trata de concluir en la incompetencia del Jefe de Gobierno para dictar normas que restrinjan derechos

²⁵ En “*Campos Ríos, Maximiliano c. Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires*” del 9 de junio del 2005, con cita de BOBBIO para quien lo público es lo opuesto a lo oculto.

²⁶ Según expone la sentencia de la Sala II de fecha 10 de agosto de 2007, la señora Fiscal ante la Cámara sostuvo que el acto administrativo mediante el cual se otorgó permiso para la construcción de un edificio en infracción a las normas del código de ordenamiento urbano, era un acto de alcance particular, por lo que la pretensión deducida debía ser examinada a la luz de lo establecido por el artículo 3 del Código procesal aprobado por Ley 189 de la Ciudad, lo que determinaba en el caso la imposibilidad de acceder a la justicia en tanto había sido interpuesto de manera extemporánea el recurso jerárquico en el trámite administrativo.

individuales constitucionalmente consagrados²⁷, como de rechazar con énfasis defensas procesales de la administración alusivas a la existencia de cuestiones no justiciables²⁸ o de censurar el ejercicio por parte del Jefe de Gobierno de funciones materialmente legislativas²⁹. *En la regla restrictiva general que contiene el artículo 14 de la Constitución Nacional* —se dijo en *Fernández*, considerando 9— *se juega el Estado de Derecho* porque la Legislatura es el único poder competente en la creación de normas que reglamentan el ejercicio de los derechos fundamentales *no solo en razón de un mandato constitucional de atribución de funciones, sino también porque es el poder plural por excelencia*, por oposición al Ejecutivo, en manos de un órgano unilateral que no somete su decisión a debate alguno. Proponiendo siempre *conservar los fundamentos del Estado de Derecho al cual todos estamos necesariamente circunscriptos*³⁰ se expresó con definición jurídica irrefutable que *la pretensión de la existencia en el ámbito de la Ciudad, de los denominados “actos de gobierno”, “actos institucionales” o “cuestiones políticas no justiciables”, carece de todo asidero constitucional e implica una concepción autocrática del ejercicio del poder que repugna a los principios republicanos que inspiran a las instituciones de la Ciudad y la Nación*³¹.

Por eso hemos puesto el acento en la contienda judicial como instrumento para la vigencia de las instituciones. Probablemente, dentro de veinte o treinta años, la función administrativa sea ejercida con mayor respeto de los cánones constitucionales y, sobre todo, con un enfoque superador de la concepción autoritaria que asegure resultados efectivos en la gestión del derecho para la satisfacción igualitaria e integral de los intereses de la colectividad; en cuyo caso, ya no será necesario el activismo judicial que ahora se postula desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación y desde otras disciplinas jurídicas, como único camino posible para imponer a los restantes poderes constituidos el cumplimiento efectivo de los mandatos constitucionales. Cuando así suceda, si es que finalmente sucede, la doctrina de los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estructurada desde los comienzos de su actuación como un proceso sistemático para lograr la efectiva vigencia de las instituciones, quedará expuesta por siempre como paradigma de un profundo cambio en la toma de posición para el conocimiento y decisión de las contiendas judiciales, consideradas éstas como institutos idóneos para lograr el cometido esencial de la vigencia real y operativa del Estado de Derecho.

²⁷ Como en causa *“Fernández, Marcelo c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”*, del 31 de mayo de 2005, sentencia de la Sala II de la Cámara del fuero, con remisión a *“Ermini, Enrique B. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”*.

²⁸ También la Sala II en *“Paz, Marta y otros c. Ciudad de Buenos Aires”*, del 20 de mayo de 2004.

²⁹ Sala II, en *“Gianola Graciela V. c. Ciudad de Buenos Aires”*, del 10 de octubre de 2003.

³⁰ Sala II, en causa *“Ermini”* citada.

³¹ En *“Paz, Marta”* también ya citada. En la manera terminante de decir el pensamiento, directa, sin ambigüedades —tal y como cuando se expresa que una concepción autocrática del poder “repugna” a nuestro sistema institucional— me permito destacar la figura de NÉLIDA MABEL DANIELE, jueza de la Sala II, a quien admiro por su vocación en el ejercicio de la función, superadora de la costumbre de decir a medias o mediante clichés que, aún vigente en muchos tribunales del país, cercena el cometido que la sociedad civil ha confiado a los jueces.