



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“BUSACCA RICARDO O CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 7710/0

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2003

VISTOS: los autos indicados en el epígrafe para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 83/86 contra la sentencia obrante a fs. 73/79 y

CONSIDERANDO:

1. Que Ricardo Busacca interpuso acción de amparo a fin de que se declare la inaplicabilidad de la ley 1004, en tanto instituye la figura de la Unión Civil entre parejas del mismo o distinto sexo, por constituir en su criterio una violación al principio de legalidad, un agravio a la institución matrimonial, y una lesión manifiesta y clara a la moral y buenas costumbre de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Que el señor juez de grado rechazó la acción iniciada sin imposición de costas.

Fundó su decisión, en síntesis, en que el actor carecía de legitimación para interponer la acción.

Señaló que si bien el concepto de derecho de incidencia colectiva amplía enormemente la legitimación, no es asimilable al de interés simple que da lugar a la acción popular.

Manifestó que si bien el actor invoca la afectación del matrimonio y de la moral media, no desarrolla ni prueba nada al respecto. Agregó que no puede quedar a su solo criterio sostener que existe la ilegitimidad y el perjuicio, ante lo manifiesto de la ausencia de esas circunstancias.

Agregó que es recaudo de la legitimación la relación entre la ilegitimidad y el daño y que en el caso el remedio al daño sería la inconstitucionalidad de la ley.

Señaló, además, que el derecho de incidencia colectiva va ligado a una afectación o vinculación con el daño alegado y que no visualiza una afectación aunque sea amplia, diferenciada y directa. Observó una afectación muy indirecta y a todos por igual.

En ese sentido manifestó que, como legislador o como padre, el actor no tiene una afectación diferente al resto de los individuos que componen la sociedad.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Indicó que el matrimonio no es la Unión Civil de la ley 1004, ni se llega a vislumbrar qué daño le puede causar, igual que a la moral media, pues aún en el supuesto de considerarse que la homosexualidad fuese algo perjudicial, no está mínimamente probado que la unión civil la fomente, sino que se limita a registrar una situación que hace a la esfera privada y, por consiguiente, exenta de la acción de los magistrados.

Señaló que de existir el daño o perjuicio es tan remoto que la razonable relación entre la ilegitimidad y la afectación no existe y en consecuencia no da lugar a la existencia de un derecho de incidencia colectiva afectado, y por lo tanto no da lugar a la legitimación del actor.

Citó doctrina y jurisprudencia en sustento de la diferencia entre la acción popular y el derecho de incidencia colectiva.

Por último definió el ámbito del artículo 14, 2º de la Constitución y su relación con el artículo 113 inciso 2º, manifestando que privar de remedio jurídico a alguien que persigue una ilegitimidad por motivos formales hiere la conciencia jurídica, pero que, en el presente proceso el actor cuenta con otras vías procesales y no queda privado de tutela en caso de intentar la vía del artículo 113 de la Constitución.

Indicó que la pretensión de declarar inconstitucional una ley es el supuesto típico que puede encuadrar en el artículo 113, inciso 2º de la CCBA y que ello posibilitaría el ejercicio de la competencia asignada a la legislatura en caso de declaración de inconstitucionalidad de la ley.

3. Que el actor apeló la decisión reseñada. Entre sus agravios manifestó que se siente particularmente agraviado, y que los legisladores están legitimados procesalmente porque en el marco de una democracia sustancial no debe confundirse deliberación democrática con jurisdicción constitucional, pero fundamentalmente porque ninguna mayoría puede avasallar con su accionar la sustantividad de la democracia y quedar constitucionalmente impune.

Sostuvo que como legislador de la Ciudad y particularmente ofendido en los derechos y obligaciones que le competen como representante del pueblo recurre en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la CN y el artículo 14 del Estatuto organizativo.

Invocó también su calidad de vecino y padre de familia.

Expresó que la ley 1004 pretende equiparar la pareja homosexual con una entidad bien distinta como es la familia, “*entidad resultante del matrimonio*”.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En su criterio tal proceder “*en vez de ayudar a la comprensión social del fenómeno homosexual, lo dificulta en extremo, al ubicarlo en una odiosa competencia con el resto de la sociedad*”.

En síntesis enfatizó que la Ciudad le está dando entidad jurídica a una unión que nuestro régimen jurídico reputa inexistente, esto es la relación concubinaria. En sus palabras “*el concubinato para nuestra ley no existe*” y es ello lo que resulta inconstitucional. Manifestó que este régimen de la ley civil obstruye la política del Estado Nacional en cuando que se quiere que las personas se unan en matrimonio ante la ley y autoridad competente.

Sostuvo que la sentencia atacada hiere su mas profundo sentido de justicia en cuanto está llamado como persona a velar por la ley natural de los hombres expresa en la norma humana positiva y por ende a solicitar la intervención de la justicia para que repare o quite incertidumbre a una situación que resulta manifiestamente lesiva de los intereses del estado nacional respecto del matrimonio civil. Indicó que si el juez consideraba que existía una vía más idónea que el amparo debió rechazar la acción in limine. Manifestó que la demanda de amparo bien puede perseguir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza. Asimismo, sostuvo que la norma impugnada constituye una violación al derecho de familia y que “...se trata de un ataque liso y llano a la moral y buenas costumbres del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.”

4. Que corrido el pertinente traslado, el GCBA solicitó que el recurso fuera declarado desierto.

Señaló que el actor insiste en sus planteos fundamentalistas tendiente a proteger una institución que imagina afectada por la ley 1004, pero no logra rebatir los sólidos argumentos del juez. Indicó que la ley 1004 registra una situación que hace a la esfera privada, no sólo exenta de la autoridad de los magistrados sino que, además, por ser privada en modo alguno puede ocasionarle un daño.

Agregó que es posible que la norma ofenda los parámetros morales del actor pero que mucho más grave sería que sus criterios moralistas fueran impuestos al conjunto de la sociedad. Ello nos acercaría a criterios totalitarios y fundamentalistas, paulatinamente abandonos, pese a eventuales rebrotes.

En su criterio la actora no logró demostrar la existencia de un daño actual o inminente que tenga como factor de causación la ley 1004.

5. Que corrida la pertinente vista, la señora fiscal ante la Cámara propició el rechazó del recurso atento a que el actor carecía de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

legitimación y no se advierte la presencia de un caso judicial ya que no se plantea una controversia sobre el reconocimiento de derechos vulnerados.

6. Reseñados de esta forma los antecedentes del caso, corresponde introducirse al análisis de los agravios expresados por la parte actora.

6. 1. Se agravia en primer lugar, respecto de la conclusión del juez *a quo* en cuanto a la falta de legitimación activa en su carácter de legislador y recuerda que lo ha hecho también como vecino de la Ciudad de Buenos Aires y como padre de familia.

Para el estudio de la legitimación se deberá tener en cuenta la relación de quien pretende actuar, con la cuestión de fondo que se peticiona –según los hechos y circunstancias del caso– la que permitirá decidir si ese grado de relación meritúa o no que se le otorgue la protección jurisdiccional. Es decir, si el interés que posee el reclamante en la composición del conflicto es tal que sea él quien resulte apto para invocar tal protección, más allá de que no sea el único que se encuentre en condiciones de hacerlo y sin que sea el mero interés que cualquier persona tenga en que las acciones se lleven a cabo cumpliendo los principios de legalidad y razonabilidad.

6.1.1. El Tribunal considera que en su carácter de legislador el actor no se encuentra legitimado ya que en el caso no se ha alegado la imposibilidad de participación en la formación de la decisión de la Legislatura de la cual forma parte ni que la misma haya sido impedida u obstruida. Esta situación difiere notablemente de la del presente caso y en aquél supuesto la doctrina sí ha considerado la legitimación activa de los legisladores. En este sentido, Bidart Campos ha dicho que “...*cada diputado y cada senador, en cuanto integran un órgano colegiado que es la Cámara de su pertenencia, invisten un interés propio, que podríamos calificar como `derecho de función` (derecho a ejercer la función que como propia del Congreso comparten con los demás miembros del mismo)*”. “[...]cada vez que un legislador, o varios, entienden que se está sustrayendo al Congreso el ejercicio de una competencia que le incumbe, como órgano colegiado y complejo, ese legislador y esos legisladores disponen de legitimación para acudir a la justicia para reivindicar la posibilidad de participar en la decisión congresional impedida u obstruida por interferencia del Poder Ejecutivo. (BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La legitimación activa de los legisladores*, LL-1997-F-564).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sin embargo, como ya se adelantó, esta circunstancia no se advierte en el supuesto de autos; el actor tuvo posibilidad de participar en la formación de la voluntad de la Legislatura, pudo emitir su opinión, votó y resultó en minoría con relación a su propuesta. Por lo tanto, este no es el ámbito para someter a una nueva discusión las cuestiones que ya fueron debatidas en el ámbito de la Legislatura. Estas apreciaciones se ven corroboradas con la documentación acompañada por la propia parte actora a fs. 14/35 (anexo 2) y en especial, la observación efectuada por el diputado Busacca (fs. 18 y vta.) al proyecto de ley propuesto.

En atención a estas consideraciones, el Tribunal entiende que la legitimación invocada en su carácter de legislador debe ser descartada y, por lo tanto, confirmada en este aspecto la sentencia de primera instancia.

6.1.2. Igual conclusión cabe respecto de la legitimación invocada por el actor en su carácter de vecino de la Ciudad de Buenos Aires. La Constitución de la Ciudad expresa con relación al amparo colectivo que pueden interponerla *“cualquier habitante y las personas 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”* (art. 14, segundo párrafo CCABA). A diferencia de la Constitución Nacional no hace referencia ni al afectado ni al defensor del pueblo, razón por la cual podría deducirse que se requiere únicamente la residencia en la Ciudad cuando se trata de amparo colectivo.

Es así que el carácter de “vecino” de la Ciudad por sí sólo, únicamente autoriza a otorgar legitimación en los supuestos en que se encuentre involucrado un derecho de incidencia colectiva del tipo de los enunciados por la norma constitucional. Sin embargo, el Tribunal no advierte cuál sería en la presente acción el derecho de incidencia colectiva afectado con la sanción de la ley 1004 de uniones civiles, ya que no se observa un sector de habitantes que se encuentren particularmente afectados ni mucho menos representados por el actor. Por otra parte, sí existirían derechos contrapuestos a los invocados por el actor, ya que el amplio sector que propició el dictado de la norma cuestionada y todos los sectores beneficiados con la misma, tienen un interés en que la vigencia de la norma sea mantenida



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

y, tal vez, en caso de admitirse al acción en este sentido se verían perjudicados en mayor medida ya que se les impediría el ejercicio de los derechos otorgados por la ley 1004.

Gelli para distinguir entre la legitimación del amparo individual y colectivo dice que *“quien sufre alguna lesión en sus derechos subjetivos está legitimado, como **persona**, para interponer un amparo individual, es obvio que el **afectado** en alguno de los derechos de incidencia colectiva está legitimado en otra hipótesis. En efecto, ello ocurriría cuando, aun sin padecer daño concreto es **tocado, interesado, concernido, vinculado** por los efectos del acto u omisión lesivos. En esta situación está legitimado, también, a título individual, pero con muchos otros afectados en similar situación. Y entonces habrá que determinar las consecuencias colectivas de su accionar”* (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, ed. La Ley, 2001, pag. 346/7).

Es por ello, que se descarta la legitimación del actor en su carácter de habitante de la Ciudad y, por lo tanto, se confirma la sentencia de primera instancia en este aspecto y en cuanto a la inexistencia de un derecho de incidencia colectiva en cabeza del actor.

6.1.3. Sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en forma precedente, el Tribunal entiende que el actor se encuentra legitimado en virtud de un derecho subjetivo como padre de familia. El actor se considera agraviado moralmente por la mera existencia de la norma. En este caso, se genera una tensión entre la protección del ámbito privado de la persona que se considera lesionada en el respeto a su dignidad, su moral y la de su familia, y la existencia de la ley 1004 y los beneficios sociales que ésta otorga a un gran sector de personas residentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

El actor tiene en este caso un derecho diferenciado y exclusivo con relación a las demás personas ya que se lesiona su intimidad y la de su familia –sin perjuicio de que otras personas en similares situaciones puedan considerarse agraviados de igual forma que el actor.

Los términos de la ley resultan agraviantes para su sistema de creencias y el de su familia y, en este sentido entiende el actor que interfieren en su ámbito privado y conmueven sus convicciones y las de su familia lo cual –dice– mortifica sus sentimientos. Es en atención a ello que se ve agraviado en un derecho subjetivo –como ya fue señalado–. Si embargo, se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y de reconocimiento excepcional, que requiere una ofensa de gravedad sustancial, es decir no una



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mera opinión disidente con la sostenida por el afectado (arg. en fallos 315:1492).

Es, en atención a estas consideraciones, que el actor tendrá legitimación no en virtud del artículo 14, segundo párrafo de la CCABA, sino con sustento en el primer párrafo del mismo.

6.2. Llegados a esta altura y al haberse reconocido la existencia de un derecho subjetivo afectado en cabeza del actor, habrá que considerar si la declaración de inconstitucionalidad que se pretende constituye un remedio legal válido frente a la agresión a la dignidad y moral invocados.

La situación similar en cuanto a las características del agravio invocado en el precedente de fallos 315:1492 –ya citado– difiere, sin embargo, en cuanto a la adecuación del remedio intentado. En efecto, en aquél se consideró que el agravio del actor se vería remediado con el ejercicio del derecho de respuesta por parte del actor y resultó suficiente –según la Corte– la lectura de la primera hoja de la carta confeccionada por el actor. Se entendió que con ello se cumplía adecuadamente con la finalidad del instituto, en un contexto de razonabilidad y buena fe (considerando 32, voto de la mayoría del fallo citado).

Sin embargo, en el supuesto de autos, la solución o remedio que el actor pretende –inconstitucionalidad de los artículos 1 y 4 de la ley 1004– no resulta razonable con relación al agravio invocado. El agravio a un derecho subjetivo que interfiere en el fuero íntimo de la persona y su familia y afecta sus creencias, moral y convicciones no puede ser solucionado en forma adecuada con la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

En efecto, por las características que tiene el control de constitucionalidad en nuestro sistema –o sea difuso– y el efecto que tendría en el caso sería la inaplicabilidad de la norma para la persona del actor. El remedio planteado en tales términos carece de toda razonabilidad ya que por la finalidad de la ley su aplicación es de carácter facultativo para aquéllos quiénes encontrándose bajo las condiciones que en la misma se mencionan deseen hacer uso de los beneficios allí indicados.

6.3. Como se relatara precedentemente, la parte actora, en su expresión de agravios, señala que la ley 1004 lesiona la moral pública, concepto que, en su presentación inicial, explica como “...la moral media de la sociedad en cada momento histórico.” Al respecto el juez de grado, en su sentencia indicó que tal aserción fue escasamente alegada, no ofreciendo el actor prueba alguna en aval de sus dichos. Es que claramente la noción de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

moral pública o “media” en las manifestaciones del actor aparece como una designación dogmática de un supuesto estado de cosas que en modo alguno es acreditado. El sentido común a veces juega sus trampas. Se desprende de las observaciones del recurrente que, en tanto la legislación nacional, desde antiguo, ha regulado la institución matrimonial, y en tanto un grueso de la población se inclinaría hacia la convivencia en el marco legal de esta unión, existiría una moral que entiende el matrimonio como modo absoluto de vínculo formal entre personas. Llamar “moral media” a una inferencia de este tipo carece absolutamente de asidero fáctico por lo que el agravio del actor no puede tener mayor trascendencia en la consideración judicial.

Sin embargo, no conviene abandonar la cuestión rápidamente. Por lo menos no con la misma rapidez con que el amparista parece poder dar cuenta, desde su individualidad y sin aportar elementos que convaliden su postura, del pensamiento “medio” del habitante de la Ciudad de Buenos Aires. Tal vez interese aportar algunas consideraciones sobre esa entidad denominada “moral media”, con ánimo, al menos, de apartarla de la utilización simplista, que sólo propone un mero escudo de la opinión personal.

Lo primero a destacar es que, de manera lisa y llana, la “moral media” no existe. Vale decir, no es designable, no puede ser sostenida entre las manos ni referida de manera concreta y distinta. Si posee alguna presencia lo es sólo como dato, como construcción artificial con miras a recortar de un escenario que la excede un cierto campo *relativo* de conocimiento. Lo social es un fenómeno signado por la variabilidad y la turbulencia, y mecanismos de determinación de tal devenir operan como estabilizadores útiles a los efectos de trazar coordenadas de ordenación y funcionamiento. Pero algo está claro: tales mecanismos –como en el caso, la indagación de una moral promedio- no *son* aquello que intentan designar, comprender o caracterizar. Elevar al rango de realidad última a elementos que tiene su origen en una operación útil a la observación y el análisis, es entender erróneamente la relación del conocimiento con *eso* que quiere conocer. Los argumentos del actor se envuelven en esa ardua telaraña que se llama “irrealismo metodológico”, esto es, confundir el símbolo –aquí, la “moral media”- con aquello sobre lo que es aplicado; al punto de interpretar al objeto de estudio como “portador” intrínseco de las propiedades del símbolo. La “moral media”, vale repetir, es un simple dato que, en determinadas circunstancias, a través de una investigación profunda y concreta, aporta un conocimiento útil. Este último, sin embargo, se verá siempre signado por la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

orientación primera de la investigación, lo cual incrementa la dosis de prudencia a la hora de concluir un resultado. Esta problemática no es reciente; la persecución racional de una “media” es una constante de las ciencias humanas, y los conflictos en torno a elucidar un marco común de expresión, respecto de posiciones y conductas marcadas irreductiblemente por la diferencia, se renuevan de modo permanente. Nada de esto parece rodear las afirmaciones del actor, quien, por el contrario, parece referirse a aquello que no pasa de ser una herramienta gnoseológica como si, por el contrario, apareciera de modo evidente ante su presencia. No son los mismos ojos los de la investigación que los de la revelación; no sirve, incluso, compararlos. Lo que sí cabe destacar es que la última ha desaparecido como lógica acreditante en el derecho moderno.

La “moral media”, como dato, provee una norma general de identidad. Pero es necesario precisar que dicha norma no se construye únicamente a través de una suerte de censo de voluntades que se asemejan, pues esto implicaría colocar en el inicio la conclusión. Al contrario, la norma de identidad surge, es extraída, de la no-identidad, de la diferencia, del movimiento plural de la existencia. Si bien la noción de “moral media” pretende señalar un modo privilegiado de manifestación de valoraciones, es cierto que su determinación depende de la presencia de múltiples formas de expresión, desde las cuales, justamente, se construye una “media”. La identidad entonces tiene un sustrato plural, divergente, y es este el que permite la investigación, el habla, en definitiva. El propio actor sustenta esta posición al evocar, entre sus argumentos, su juramento constitucional, por el cual se promueve el desarrollo humano “...reconociendo la identidad en la pluralidad”. Que el decir, incluso en sus modos más formales, se convierta en práctica y línea de desarrollo requiere esfuerzos mayores que la simple pronunciación. La presente causa aparece como ejemplo relevante de este problema.

Se ha dicho hasta aquí que la llamada “moral media” es un dato, un producto de la investigación en la experiencia. Los promedios son herramientas que se constituyen a partir de la utilización de otras herramientas de búsqueda y discernimiento. Por ello, si debe hablarse de un avance, éste no se produce solamente respecto del objeto de estudio, sino que afecta también a las herramientas que sobre él se aplican, las cuales se modifican, se construyen y sustituyen de diversos modos, con miras a mayores logros y precisiones. Cabe entonces preguntar cual es actualmente la herramienta de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

avanzada que el derecho posee a la hora de extraer conclusiones, operar posiciones, efectuar previsiones y demás, para, en lo que aquí interesa, determinar los valores circulantes en una sociedad democrática y de derecho concreta. La respuesta se encuentra en el contenido actual de los derechos humanos, el cual, en gran medida, integra la letra de la Constitución Nacional. Son los derechos humanos los que, a la fecha, ofrecen la mejor perspectiva cognoscitiva para la defensa de valores divergentes en el seno de una comunidad. Basta leer el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (De modo similar y concordante, art. 7º CADDHH; art. 2º inc. 1º y art. 7º Decl. Univ. DDHH; art. 2º inc. 1º Pacto Internac. Dchos. Div. y Pol.). Recordemos también el derecho a la diferencia, postulado por el art. 11 de nuestra Constitución. La pluralidad en la valoración se manifiesta con anterioridad a la determinación de cualquier clase de promedios. En la pretensión del amparista, no obstante, es la “media” la que debe ser objeto de regulación estatal, relegando las posiciones diferentes al ámbito cerrado de la intimidad privada. En cierto modo, se interviene estatalmente para ofrecer a la posición minoritaria la sola posibilidad del secreto. Esta interpretación desarticula casi hasta la nimiedad la potencia de utilización que los derechos humanos contienen.

Antes de cualquier especificación moral o científica, la comunidad es un conjunto difuso y plural puesto en relación. Dice Roberto Espósito, en clave heideggeriana, “...nosotros somos junto a los otros no como puntos que en determinado momento se agregan, ni tampoco como un conjunto subdividido, sino desde siempre los-unos-con-los-otros y los-unos-de-los-otros.” (*Communitas*, 2003, Amorrortu ed., 158/159). La ley 1004 es una manifestación de ese “nosotros” no sectorial, que se traduce en convivencia y que otorga sencillamente una posibilidad de registro ante una necesidad concreta. Es el simple ejercicio de donación que toda comunidad pide en su propio seno. Deberá convivir con otros regímenes; aunque esto ya es premisa de una comunidad plural: la coexistencia. El reconocimiento jurídico de la diversidad es un silencioso primer paso de protección en dirección hacia una tarea más profunda y de otro orden, cual es el trabajo de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

construir un pensamiento de la diferencia. “Hay algo en el mundo que fuerza a pensar. Ese algo es el objeto de un *encuentro* fundamental, y no de un reconocimiento.” (Gilles Deleuze, *Diferencia y Repetición*, Amorrortu ed., 2002, pág. 215). Al derecho moderno le compete solamente favorecer el espacio de afectación y encuentro. En el caso, el actor vislumbra oposición donde este decisorio entiende convivencia, por ello el rechazo de su pretensión deviene inevitable.

6.4. Sin perjuicio de lo dicho, corresponde analizar el agravio esgrimido por el actor por cuanto esta situación resultaría “*manifiestamente lesiva de los derechos de los intereses del Estado Nacional respecto del matrimonio civil*” (fs. 86).

Sobre el punto el Tribunal coincide con las opiniones vertidas por la Sra. Fiscal de grado y el Sr. Asesor Tutelar.

Se encuentra fuera de discusión que es competencia del Congreso Nacional el dictado de los códigos de fondo –entre los cuáles está el Civil– de conformidad con el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. Es por ello, que en el marco de un adecuado sistema normativo y de respeto a la Constitución, la Ciudad de Buenos Aires –y en este caso su Legislatura– se encontraría impedida de modificar la normativa allí mencionada ya que de lo contrario se incurriría en una flagrante violación a la Constitución Nacional y a la jerarquía normativa por ella impuesta (art. 31 y 75 inc. 22).

Sin embargo, de los términos empleados por la ley no puede concluirse en la existencia de inconstitucionalidad alguna. En efecto, el artículo 4 expresa que “[p]ara el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.”

En primer lugar, se desprende de la norma citada que el ejercicio de los derechos, beneficios y obligaciones son únicamente los que emanan de las normas dictadas por la Ciudad, es por ello que no se advierte cuál podría ser el agravio ni cuáles los intereses del Estado Nacional afectados como consecuencia de ello.

Por otra parte, la ley sólo habla de “*unión civil*” y en ningún momento pretende emplear este término como sinónimo o sustituto de “matrimonio” en los términos y con las consecuencias jurídicas del Código Civil. Simplemente se otorga reconocimiento a las uniones de hecho que –



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

luego de acreditados los requisitos indicados por la ley– solicitaren su inscripción en el registro creado al efecto.

Asimismo, las disposiciones de la norma en cuanto prevén un “*tratamiento similar al de los cónyuges*” no implica que lo **sean** en los términos y con los alcances previstos en el Código Civil.

Es por ello, que al no existir invasión de competencias del Congreso nacional ni colisión con las normas de ese carácter, se desestima el agravio invocado.

6.5. En cuanto al tercer agravio expresado por el actor, el Sr. Busacca señala que el juez *a quo* consideró que el actor tendría otras vías procesales si intentase su pretensión a través del artículo 113 inc. 2º de la Constitución de la Ciudad. El actor entiende que esto implica el rechazo de la acción por la existencia de una vía judicial más idónea y que, en su caso, debería haberse rechazado *in limine* antes de correr traslado de la demanda.

Cabe adelantar que no le asiste razón al apelante en este punto. Esto es así ya que el juez anterior en grado planteó a modo de *obiter* que sin perjuicio de la ampliación de la legitimación operada en nuestra legislación –en particular, en el artículo 14 CCABA– “*sigue vigente el principio en materia de esa revisión judicial de buscar el remedio adecuado al daño que sufre un individuo o individuos, y no el de la revisión administrativa tendiente a la restauración de la legalidad, propio del derecho francés y sus seguidores. Se tiene conciencia que privar de remedio jurídico a alguien que persigue una ilegitimidad por motivos formales hiere la conciencia jurídica, pero es que en el presente proceso enmarcado en el ordenamiento jurídico de la Ciudad de Buenos Aires el actor tendría otras vías procesales, no quedaría privado de la tutela judicial efectiva, si intentase su pretensión por la vía del artículo 113 inciso 2º de la Constitución y ello fuese aceptado*” (considerando VIII).

De los términos citados surge claro que lo único que se pretendió fue explicitar que sin perjuicio de no encontrarse legitimado en este caso, el actor podría intentar otras vías al efecto. Al tratarse de vías diferenciadas que exigen distintos tipos de legitimación, siempre que se tenga un derecho subjetivo o un derecho de incidencia colectiva se podrá intentar la vía del artículo 14 CCABA a fin de restaurar las lesiones ocasionadas, mientras que las acciones contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

a la Constitución Nacional o a la de la Ciudad encuentran adecuada tutela por la vía del artículo 113 inc. 2° CCABA.

Obviamente, esa vía podrá ser intentada independientemente de la acción individual cuando se considere que haya un derecho subjetivo lesionado, o colectiva para el caso de tratarse de derechos de ese tipo.

El juez *a quo* rechazó la acción por considerar que el actor no se encontraba legitimado y no por considerar que existía una vía más idónea que la entablada.

Respecto de la oportunidad procesal para tratar la legitimación del amparo, este Tribunal coincide con la opinión de la Sra. Fiscal de Cámara en cuanto a que debe diferenciarse el tratamiento de la admisibilidad de la demanda de oficio al inicio del proceso, del análisis que se efectúa como consecuencia del planteo de la demandada en el que se cuestiona dicha admisibilidad por no reunir los requisitos procesales necesarios. Esta última situación, que es la que se da en autos, no impide que el juez se pronuncie sobre la cuestión en oportunidad de dictar la sentencia definitiva.

Por ello, los agravios esgrimidos por el actor al respecto deben ser rechazados.

Por todo lo expuesto y oída la Sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE:** I. Revocar la sentencia apelada y admitir la legitimación del actor. II. Rechazar la acción incoada, sin costas (art. 14 CCABA).

Regístrese, notifíquese –a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho- y, oportunamente, archívese.

Esteban Centanaro
Mabel Daniele
(en disidencia de fundamentos)

Nélida



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Eduardo Ángel Russo

Disidencia de fundamentos del Dr. Esteban Centanaro:

VISTOS: los autos indicados en el epígrafe para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 83/86 contra la sentencia obrante a fs. 73/79, y

CONSIDERANDO:

1. Que el Diputado D. Ricardo Busacca interpuso acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 1004, en tanto instituye la figura de la unión civil entre parejas del mismo o distinto sexo, por constituir -afirma el amparista- una violación al principio de legalidad, un agravio a la institución matrimonial, y una lesión manifiesta y clara a la moral y buenas costumbres de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Que el señor juez de grado rechazó la acción iniciada sin imposición de costas.

Fundó su decisión, en síntesis, en que el actor carecía de legitimación para interponer la acción.

Señaló que si bien el concepto de derecho de incidencia colectiva amplía enormemente la legitimación, no es asimilable al de interés simple que da lugar a la acción popular.

Manifestó que si bien el actor invoca la afectación del matrimonio y de la moral media, no desarrolla ni prueba nada al respecto. Agregó que no puede quedar a su solo criterio sostener que existe la ilegitimidad y el perjuicio, ante lo manifiesto de la ausencia de esas circunstancias.

Sostuvo, además, que el derecho de incidencia colectiva va ligado a una afectación o vinculación con el daño alegado y que no visualiza una afectación diferenciada y directa.

En ese sentido consideró que como legislador o como padre, el actor no tiene una afectación diferente al resto de los individuos que componen la sociedad.

Indicó que el matrimonio no es la unión civil de la ley 1004, ni se llega a vislumbrar qué daño le puede causar, igual que a la moral



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

media, pues aún en el supuesto de considerarse que la homosexualidad fuese algo perjudicial, no está mínimamente probado que la unión civil la fomente, sino que se limita a registrar una situación que hace a la esfera privada y, por consiguiente, exenta de la acción de los magistrados.

Señaló que de existir el daño o perjuicio éste es tan remoto que la razonable relación entre la ilegitimidad y la afectación no existe y, en consecuencia, no da lugar a la existencia de un derecho de incidencia colectiva afectado, y por lo tanto no da legitimación al actor.

Citó doctrina y jurisprudencia en sustento de la diferencia entre la acción popular y el derecho de incidencia colectiva.

Por último *el a-quo* definió el ámbito del artículo 14, 2º de la Constitución y su relación con el artículo 113 inciso 2º, manifestando que privar de remedio jurídico a alguien que persigue una ilegitimidad por motivos formales hiere la conciencia jurídica, pero que, en el presente proceso, el actor cuenta con otras vías procesales y no queda privado de tutela.

Indicó que la pretensión de declarar inconstitucional una ley es el supuesto típico que puede encuadrar en el artículo 113, inciso 2º, de la CCBA y que ello posibilitaría el ejercicio de la competencia asignada a la legislatura en caso de declaración de inconstitucionalidad de la ley.

3. Que el actor apeló la decisión reseñada.

Entre sus agravios manifestó que se siente particularmente agraviado, que los legisladores están legitimados porque en el marco de una democracia sustancial no debe confundirse deliberación democrática con jurisdicción constitucional, pero fundamentalmente porque ninguna mayoría puede avasallar con su accionar la sustantividad de la democracia y quedar constitucionalmente impune.

Sostuvo que como legislador de la Ciudad, particularmente ofendido en los derechos y obligaciones que le competen como representante del pueblo, recurre en virtud de lo dispuesto en los artículos 43 de la CN y 14 del Estatuto Organizativo.

Invocó también su calidad de vecino y padre de familia.

Expresó, el apelante, que la ley 1004 pretende equiparar la pareja homosexual con una entidad bien distinta como es la familia, “*entidad resultante del matrimonio*”.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En su criterio tal proceder “*en vez de ayudar a la comprensión social del fenómeno homosexual, lo dificulta en extremo, al ubicarlo en una odiosa competencia con el resto de la sociedad*”.

En síntesis, enfatizó que la Ciudad le está dando entidad jurídica a una unión que nuestro régimen jurídico reputa inexistente, esto es, la relación concubinaria. En sus palabras “*el concubinato para nuestra ley no existe*” y es ello lo que resulta inconstitucional. Manifestó que este régimen de la ley civil obstruye la política del Estado Nacional en cuando que se quiere que las personas se unan en matrimonio ante la ley y autoridad competente.

Sostuvo que la sentencia atacada hiere su más profundo sentido de justicia en cuanto está llamado como persona a velar por la ley natural de los hombres expresada en la norma humana positiva, y por ende, a solicitar la intervención de la justicia para que repare o quite incertidumbre a una situación que resulta manifiestamente lesiva de los intereses del Estado nacional respecto del matrimonio civil. Indicó que si el juez consideraba que existía una vía más idónea que el amparo debió rechazar la acción *in limine* y que la demanda de amparo bien puede perseguir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza.

4. Que corrido el pertinente traslado, el GCBA solicitó que el recurso fuera declarado desierto.

Señaló que el actor insiste en sus planteos fundamentalistas tendientes a proteger una institución que imagina afectada por la ley 1004, pero no logra rebatir los sólidos argumentos del juez. Indicó que la ley 1004 registra una situación que hace a la esfera privada, no sólo exenta de la autoridad de los magistrados sino que, además, por ser privada, en modo alguno puede ocasionarle un daño.

Agregó que es posible que la norma ofenda los parámetros morales del actor, pero que mucho más grave sería que sus criterios moralistas fueran impuestos al conjunto de la sociedad. Expresó que ello nos acercaría a criterios totalitarios y fundamentalistas, paulatinamente abandonos, pese a eventuales rebrotes.

En su criterio la actora no logró demostrar la existencia de un daño actual o inminente que tenga como factor de causación la ley 1004.

5. Que corrida la pertinente vista, la señora fiscal ante la Cámara propició el rechazo del recurso, atento a que el actor carece de legitimación, y que no advierte la presencia de un caso judicial ya que no se plantea una controversia sobre el reconocimiento de derechos vulnerados.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

6. Que, en forma preliminar, cabe señalar que si bien es cierto que la admisibilidad de la acción de amparo debe ser tratada por el juez al inicio del proceso y que luego no puede volver a ser analizada de oficio, mas distinta es la solución cuando es objetada por la demandada en oportunidad de presentarse en autos en los términos del artículo 8 de la denominada ley 16.986.

7. Que en cuanto al aspecto formal de la acción intentada, cabe recordar que ya ha sido superada la etapa en la que se negaba la posibilidad de declarar inconstitucional una norma en un proceso de amparo en virtud la prohibición contenida en el artículo 2, inciso d, del la denominada ley 16.986. .

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado hace ya tiempo en el sentido de que el decreto -ley 16.986 reglamentario de la acción de amparo debe ser interpretado como el medio razonable concebido para evitar que la vía del amparo sea utilizada caprichosamente, pero no como un medio tendiente a impedir que se cumplan los fines previstos en la misma norma, cuando el acto arbitrario de la autoridad se funda en normas que son manifiestamente contrarias al espíritu y a la letra de la Ley Suprema (doct. de “Outon”, 29 de marzo de 1967).

Luego, en el caso “Peralta”, ampliando la doctrina de precedentes anteriores, el Máximo Tribunal dijo que el artículo 2, inciso d, de la ley de amparo no podía ser entendido en forma absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada en el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona, reconocidos por la Constitución. Asimismo, destacó que esa tacha era procedente cuando las disposiciones impugnadas resultaban palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que se intenta proteger mediante esta vía.

Y, finalmente, el constituyente, tomando una doctrina superadora de la anterior, previó expresamente en el artículo 43 de la Constitución nacional que *“el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”*, tornándose así inconstitucional de modo sobreviniente la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de una norma en un proceso de amparo.

En ente sentido, se ha dicho que *“a partir de la reforma, los actos u omisiones lesivos pueden entonces impugnarse mediante la acción de amparo, aunque resulten aplicatorios de una norma general, cuya*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

inconstitucionalidad cabe controlar judicialmente en el mismo proceso” (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2000, p.377).

Sobre este punto, la Constitución local va aún más allá y, ampliando el marco de protección, dispone que en la acción de amparo los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva aún de oficio.

Lo expuesto anteriormente permite afirmar que la vía del amparo, tal como se halla prevista en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad resulta, idónea para cuestionar los actos de aplicación lesivos de derechos que estén fundados en normas inconstitucionales.

8. Que llegado este punto, cabe preguntarse sobre la idoneidad de la vía del amparo cuando lo que se persiga sea la declaración de inconstitucionalidad, no de un acto u omisión, sino sólo de la norma.

En torno a este tópico coincide la redacción de ambas constituciones: la nacional establece que ***“el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”*** (art. 43 CN, primer párrafo *in fine*, destacado propio) y la local prevé que ***“los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”*** (art. 14 CCABA primer párrafo *in fine*, destacado propio).

La doctrina ha resuelto este interrogante en los siguientes términos: *“cuando el art. 43 [de la Constitución Nacional] dice que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando en ella `se funde` el acto o la omisión, deja espacio suficiente para interpretar que una norma autoejecutoria que, por su sólo vigencia, implica consumir directamente un acto o una omisión, es la norma `fundante` de ese acto o de esa omisión, y que éstos quedan configurados como lesivos en y por la norma misma”* (Bidart Campos, *Manual...*, p. 377).

La solución propiciada es lógica ya que no sería razonable excluir del control de constitucionalidad a aquellas normas que a partir de su entrada en vigor –y sólo por ello, sin necesidad de que haya un acto aplicativo- vienen lesionando derechos reconocidos en una ley, la Constitución o un tratado.

En síntesis, puede decirse que lo determinante para que proceda la declaración de inconstitucionalidad de una norma en un proceso de amparo es la existencia una lesión actual o inminente a un derecho, ya sea que



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ésta se configure mediante una omisión, un acto, fundado en la norma impugnada o por la mera existencia de la norma en el mundo jurídico.

9. Que en relación con el debate suscitado en torno a la legitimación del actor, coincide en general, la doctrina en que parte es “*quien pretende y frente a quien se pretende*”; o más ampliamente, *quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión*” (Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., 1961, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 177. Conf. Palacio Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 5ª reimpr., 1991, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. III, “*Sujetos del Proceso*”, p. 11 y siguientes).

Es un concepto “*estrictamente procesal*”, una noción circunscripta al área del proceso. “*La calidad de parte la da la titularidad activa o pasiva de una pretensión*”(Palacio, op cit.), y supone la existencia de un *conflicto* o de una *controversia* entre personas que vienen a constituir, en sus respectivas posturas, elementos parciales de un todo.

La legitimación –llamada también *legitimatio ad causam*– es –con palabras de Jesús González Pérez– “*la aptitud de ser parte en un proceso concreto*”, e “*implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en el pleito...*” (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª ed., 1994, Civitas, Madrid, art. 28, p. 313). La legitimación es recaudo, condición o presupuesto jurídico, de orden público procesal.

Su falta, cuando es *inicialmente manifiesta, clara, indudable, inequívoca*, de modo tal que sea *incuestionable* que el pretendido proceso incoado será tramitado inútilmente, debe ser declarada de oficio por los jueces, o también a pedido de parte interesada que la oponga como excepción previa. De no aparecer de ese modo, la legitimación deberá ser considerada en la sentencia definitiva. Y en este último caso, cuando se hace ostensible la falta de *standing* –que no aparecía en forma manifiesta al momento de la demanda, que permaneció oculta o disimulada durante el trámite de la causa, o que requirió algún tipo de investigación– “*debe ser resuelta igualmente de manera previa, ya que su ausencia imposibilitaría el ejercicio de la jurisdicción sobre el fondo del asunto discutido, so riesgo de realizar un pronunciamiento en abstracto*” (Conf. dictamen de la Procuradora Fiscal Graciela Reiriz -con cita de Palacio, Colombo y Arazi- en la causa



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“Mosquera, Lucrecia Rosa c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía)”, al cual se remitió, el 3/4/03, la Corte Suprema).

De la falta de legitimación *ad causam* podrá asimismo derivar la inexistencia de causa o caso que autorice la intervención judicial.

En consecuencia, la legitimación procesal implica la habilitación, por el ordenamiento jurídico, para asumir la calidad de parte con referencia a la concreta materia sobre la que puede versar el proceso.

Desde el punto de vista activo, la legitimación, en el campo procesal, se relaciona con la titularidad del ejercicio del derecho de acción o con la atribución a un sujeto del ejercicio de los poderes y las facultades, y supone una determinada relación entre las personas y el objeto del litigio.

Salvo en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, como principio no es reconocido como elemento legitimador bastante “el genérico deseo ciudadano de la legalidad”; es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida.

Como explica con claridad y sencillez Jesús González Pérez, “*para que el juez pueda examinar si efectivamente la pretensión es o no conforme a Derecho, exige algo más. Por mucha razón que tenga, por evidente que sea la conformidad de la pretensión con el ordenamiento, el juez sólo podrá pronunciarse sobre la pretensión si existe una determinada relación entre la parte y lo pretendido. Ésa es la legitimación. Sin interés no hay acción*” González Pérez, Jesús, *Las partes en el proceso administrativo*, separata de la “Real Academia de Ciencias Morales y Políticas”, Año XLIX, n° 74, Curso Académico 1996-97, 1997, Madrid, p. 24 y siguientes.

Por ello, y como también expresa González Pérez, *sobra* la exigencia de que el interés sea “legítimo”; o personal. Siguiendo al diccionario de la Real Academia Española puede decirse que existe “*interés*” -y por tanto *legitimación*- cuando el éxito de la pretensión reporta de algún modo *al que la formula -o a aquel en interés de quien se la formula- “provecho”, “utilidad”, “ganancia”, beneficio, comodidad, “conveniencia... de carácter colectivo...”*, en el orden moral o material; o, dicho de otro modo, evita un perjuicio, un daño, una lesión, un menoscabo, una incomodidad.

Como puede advertirse, el criterio expuesto acerca de las partes y la legitimación procesal implica dejar de lado la referencia a las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

categorías del “*derecho subjetivo*”, el “*interés legítimo*” y el “*interés simple*”, tenidas en cuenta -en general- en el ámbito del derecho administrativo, y que dieron lugar a intrincadas luchas doctrinales e importantes restricciones en el acceso a la sede judicial.

10. Que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *la exigencia de que se demuestre la lesión -actual o inminente- a los derechos o intereses rige incluso en el caso de derechos de pertenencia difusa o de incidencia colectiva.*

Al respecto, el Tribunal ha sostenido que la ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para deducir la acción de amparo no conlleva la automática aptitud para demandar, sin examen de los recaudos que habilitan el ejercicio de la jurisdicción.

En tal sentido, consideró la Corte que la incorporación de intereses generales o “difusos” o “de incidencia colectiva” a la protección constitucional, en nada enervaba la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por una seria amenaza de que ello sucediera, a los efectos de que fuese viable la acción de amparo. Así, en la tarea de esclarecer si esos intereses, no obstante su compleja definición, habían sido lesionados o existía amenaza de que lo fueran, resultaba relevante determinar si asumiendo que era justiciable el caso, un pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el daño invocado (CSJN, 7/5/98, “Consumidores Libres...”, Fallos 321:1352; y 23/5/00, “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos en la causa `Daneri...’”, Fallos: 323:1261, espec. voto en disidencia).

Recordó igualmente el Superior que, “*como regla, un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes*” (Fallos, cit.).

Sin embargo, aun aceptando que deba ser demostrada la afectación, no parece razonable la exigencia de un daño “distintivo” o “diferenciado” en la medida en que ella pueda implicar, en realidad, un medio para desconocer la legitimación en supuestos en que el daño es padecido por un importante número de personas, o cuando la acción es ejercida -aunque por derecho propio- en defensa de intereses de otros, o en defensa de la legalidad en ejercicio del mandato constitucional.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ha de tenerse en cuenta, al respecto, que *cuando el perjuicio es compartido por un conjunto de sujetos indeterminados no deja por ello de “afectar” a cada sujeto particular*. También es afectado quien juntamente con muchos otros padece un perjuicio compartido, como cotitular de un interés común.

Como expresa Bidart Campos (Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ed. 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, t. I-A, n° 53, p. 739), el no haber “*pertenencia exclusivamente individual*” está lejos de significar que no haya subjetividad jurídica en la parte que cada uno tiene -al igual que los demás- en el interés o bien colectivo de “*pertenencia común*” o en el derecho de “*incidencia colectiva*”. No sería lógico sostener que lo que es de todos o de muchos no es de nadie.

Por otra parte, con palabras del Tribunal Constitucional de España: “*la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés que es de todos, sostiene simultáneamente un interés personal... La única forma de defender el interés personal es sostener el interés común*” (Conf. cita de Quiroga Lavié, en *El amparo colectivo*, ed. 1998, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 130).

11. Que en razón de la calidad de diputado alegada por el actor a lo largo de sus presentaciones cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, sin efectuar distinción alguna negó legitimación a los legisladores para actuar -no sólo como “ciudadanos”- sino “en representación del pueblo”, “en resguardo de la división de poderes”, “en representación de su cámara” o “en representación de la respectiva provincia”. Son ejemplos de lo expuesto, entre otras, las siguientes sentencias:

a) 17/12/97, “Rodríguez, Jorge -Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación”, Fallos: 320:2851, LL, 1997-F-879 (en la causa que llegó a la Corte por la vía de una presentación directa del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación). De ella resulta que los diputados -Nieva y otros- plantearon una acción de amparo tachando de manifiestamente ilegítimo -por violar el artículo 99, inc. 3, de la Const. Nacional el decreto de necesidad y urgencia por el que se decidió el llamado a licitación pública para la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales; y que alegaron la afectación



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

de su derecho a participar con su voluntad en la formación de la decisión del órgano con competencia en la materia.

b) Un planteo análogo surge del pronunciamiento, del 1/6/00, en “Garré, Nilda y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional (decreto 21/99)”, Fallos: 323:1432, respecto del decreto de necesidad y urgencia 21/99 y la suspensión del otorgamiento de avales para las obras denominadas “Sistema Interprovincial Federal” y “Desagües Pluviales de la Red de Accesos a la Capital Federal”.

c) 7/5/98, “PRODELCO c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos: 321:1252, LL, 1998-C- 572. El fallo tiene su origen en la impugnación que -una diputada nacional (Cristina Zuccardi) y la asociación de consumidores- hicieron del decreto 92/97 -por el cual se aprobaron las modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico- sin oposición a las rebajas o descuentos previstos.

d) 31/3/99, “Gómez Diez, Ricardo y otros c/ Congreso de la Nación”, Fallos: 322:528. El pronunciamiento da cuenta de que tres diputados nacionales promovieron demanda declarativa de inconstitucionalidad y certeza contra el Estado Nacional -Congreso de la Nación-, con la pretensión de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.699 y la sanción de la nueva Ley de Coparticipación Federal de Impuestos. Aquéllos reconocieron que acudían a esa instancia después de haber obtenido “un resultado adverso en el ámbito del Congreso”, a raíz de que las razones que justificaron su posición “fueron apagadas porque la mayoría...”principalmente oficialista”, “...adoptó la posición de prorrogar el Pacto Federal de 1993” en lugar de proceder al dictado de una nueva ley de coparticipación federal.

Y en lo que al caso interesa, en el precedente mencionado en ultimo término se puso de relieve que los actores tuvieron ocasión de expresar su parecer de conformidad con el régimen de mayorías y minorías, razón por la cual no se advertía en qué medida la votación podía haber efectivamente cercenado sus “prerrogativas legislativas”, ni por qué motivos éstas debían vincularse con las consecuencias concretas de aquella votación; y que una decisión favorable a los demandantes supondría el inadmisibles reconocimiento -como lo había prevenido con acierto la jurisprudencia norteamericana- de que los jueces fuesen llamados en auxilio de un legislador individual que en realidad sólo se quejaba de haber fracasado en persuadir a sus colegas.

e) 12/7/01, “Leguizamón, María y otros c/ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires”, LL, ejemplar del 13/11/01. Se desprende



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

de la decisión que diputados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pidieron que se suspendiera la licitación pública nacional e internacional convocada por la demandada para la elaboración e implementación del Plan Maestro del Mercado Central; y que alegaron la incompetencia de la CMCBA y vicios en el procedimiento.

Bidart Campos enseña que *“las generalizaciones abstractas negatorias que registra la jurisprudencia pecan de teorización abstracta, porque en cada caso concreto hay que ver si, conforme a sus circunstancias, el legislador (diputado o senador) que interpone una acción está incluyendo un interés suficiente en defensa de la función cuyo ejercicio considera impedido, usurpado o transgredido”* (Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental...*, t. I-A, p. 793).

No es lo mismo haber sido vencido en el proceso de formación de una ley y pretender impugnarla (supuesto en el que parece clara la falta de legitimación Fallos 322:528 y in re Raynes VS Byrd, 117 S Ct. 2312), que invocar la afectación que resulta por interferencias sufridas en ese proceso legislativo o en la función de legislador.

El señor Diputado Busacca se opuso a la legislación que admite en el ámbito de la Ciudad a las uniones civiles, y su posición quedó en minoría. Siendo ello así, ya agotó su papel en el juego democrático.

12. Que ahora bien, en el caso de autos no se vislumbra siquiera mínimamente cuál el daño que la ley 1004 produce al actor.

En este orden de ideas, es oportuno recordar al apelante que la ley que cuestiona instituye la facultad de que parejas del mismo o distinto sexo constituyan una mera unión civil, en nada equiparable al matrimonio, pero la norma no lo obliga a él –ni a nadie- a formar parte de alguna. De este modo, siendo facultativo del actor la constitución o no de una unión civil, la aplicación a su persona de la norma que repudia no puede causar ningún daño. Tal es así que aún en la hipótesis de accederse a su pretensión y declarar la inconstitucionalidad de la ley 1004, no se produciría ningún cambio en su situación personal.

Por lo demás, debido al control difuso de constitucionalidad que impera en nuestro sistema judicial, una decisión favorable en el marco del amparo no le reportaría al actor utilidad alguna, ya que este tribunal no cuenta con facultades para declarar con efecto *erga omnes* la inconstitucionalidad de la norma atacada.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Y este tópico es claramente demostrativo de la improcedencia formal absoluta del planteo formulado

Entiéndase bien: no se rechaza la procedencia de la acción en función de criterios restringidos acerca de la protección de derechos de incidencia colectiva, sino que el Tribunal considera que en el *sub examine* no hay derecho alguno afectado del actor.

En realidad, de los sucesivos escritos que el actor ha presentado en este expediente lo único que quedó acreditado es que el mencionado Diputado hubiera preferido que la Legislatura local no hubiese sancionado la norma, pero –demás está decirlo– esa no resulta una razón suficiente para invalidar la ley.

13. Que sin perjuicio de lo expuesto, de estimarlo pertinente, el actor puede recurrir a la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el artículo 113, inciso 2, de la CCABA.

Este novedoso instituto local se encuentra exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se estimen contrarias a los principios que emanan de la Ley Fundamental de la Ciudad, y no a obtener un pronunciamiento judicial en el caso concreto, respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que aquéllas le fueran directamente aplicadas.

El sistema de control de constitucionalidad previsto en el artículo 113, inciso 2º, de la CCBA tiene por finalidad establecer una vía concreta y directa para la depuración del orden normativo, expulsando de él a aquellas normas que examinadas por el Tribunal Superior de Justicia se revelen como inconstitucionales. Provoca, de acogerse la pretensión, la pérdida de vigencia de la norma cuestionada.

Por ello, de considerarse el actor con derecho puede plantear una acción declarativa de inconstitucionalidad, sin necesidad acreditar daño o perjuicio alguno diferenciado o personal a fin de fundar su procedencia.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE:** confirmar la sentencia apelada. Sin costas (art. 14 CCABA).

Regístrese, notifíquese –a la citada funcionaria en su despacho– y devuélvase.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Esteban Centanaro



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires