***"FLORES PATRICIA ALEJANDRA Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)", Expte: EXP 11989 / 0***

Ciudad de Buenos Aires, 14 de septiembre de 2004

**Y VISTOS:** Los autos individualizados en el epígrafe a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 199/206 por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, contra la resolución dictada por la señora juez de grado (fs. 134/136), y

**CONSIDERANDO:**

**1**. Que la señora juez de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada y dispuso la suspensión de la resolución 088, dictada por el Subsecretario de Medio Ambiente del GCBA.

Para así decidir, la señora juez de grado tuvo especialmente en cuenta que prima facie se habría omitido la celebración de audiencia pública, y que ello, a tenor de lo dispuesto en la ley 123, podría configurar un vicio en el procedimiento previo a la emisión de la resolución 088-SSMA-04.

**2.** Que al apelar la decisión reseñada los representantes del GCBA sostuvieron que no era necesario para ejecutar la explosión de la ex Cárcel de Caseros la celebración de la audiencia pública, debido a que resultaba aplicable al caso el artículo 40 de la ley 123, el que prevé precisamente una excepción para las obras de presumible relevante efecto ambiental que se encontraban en desarrollo, ejecución, o funcionamiento al promulgarse la ley, es decir, al 19 de enero de 1999 (fecha de sanción del decreto 114/99).

Enumeró distintas normas que avalarían tal afirmación emanadas del Gobierno Nacional y local.

**3.** Que al evacuar la vista conferida, la señora fiscal ante la Cámara propició que se hiciera lugar al recurso y se revocase la sentencia apelada.

Ello por cuanto, en su criterio, el proyecto de demolición estaba estrechamente vinculado al programa de traslado de la cárcel. Precisó que si bien el proyecto de demolición no se encontraba en ejecución a dicha fecha, en cambio, el programa de traslado de la cárcel sí estaba en ejecución.

**4.** Que el GCBA sostiene que la audiencia temática no se encontraría prevista en el régimen de adecuación del artículo 40 de la ley 123. Si bien admite como regla para las actividades, emprendimientos, proyectos y programas susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto, el recaudo del cumplimiento de la totalidad del procedimiento técnico administrativo de EIA (lo que incluye la realización de audiencias publicas), señala que la propia ley regula un

supuesto de excepción que no requeriría el cumplimiento de tales etapas. De acuerdo a la interpretación que sustenta, en esa excepción puede incluirse la demolición con implosión de la ex cárcel de Caseros.

Tal sería el supuesto de proyectos, programas o emprendimientos que se presumen de relevante efecto que se encontraban en desarrollo ejecución o funcionamiento al promulgarse la ley 123. Sostiene, en síntesis, que el proyecto de demolición de la ex cárcel de Caseros se encontraba en desarrollo antes de la promulgación de la ley 123.

Para justificar ese encuadre normativo menciona en primer lugar el decreto PEN 426/95, dictado el 27 de marzo de 1995, en el que el Gobierno Nacional dispuso el plan director de la política penitenciaria nacional, elaborado por el Ministerio de Justicia. Ese plan habría impuesto la construcción posterior de nuevas cárceles y el traslado de las personas detenidas en la ex unidad de detención de la cárcel de Caseros.

Agrega la ordenanza 50.118 que habría dispuesto desafectar del distrito de zonificación E4 al predio, afectándolo como urbanización futura.

Cita la declaración 198/LCABA/98, en la que la legislatura expresó que los predios resultantes de los traslados podrían ser destinados a la construcción de plazas de uso público.

A lo dicho adiciona la ley 449 que dispuso que el predio fuera catalogado como urbanización futura, permitiendo la remoción de usos existentes.

Relata que en noviembre de 2002 el GCBA suscribió con el ONABE el convenio registrado bajo el número 45/02 y aprobado por la ley 1002 mediante el cual ONABE solicitó la demolición de la Cárcel de encausados de la Capital. Luego, mediante el Convenio 54/02 se encomendó al Ejército Argentino la demolición mecánica de la cárcel de Caseros y por la adenda a este Convenio de fecha 6/11/2003 se contempló la posibilidad de demolición de las construcciones existentes por el sistema de implosión.

En ese marco se dictó la resolución 88/SSMA/04 por la cual se otorgó la declaración de Impacto Ambiental en los términos del artículo 28, inciso c, de la ley 123 al “proyecto de demolición con explosivos de la ex cárcel de caseros”.

**5.** Que reseñados de esta forma las constancias relevantes de la causa, corresponde analizar si se verifican los dos extremos de procedencia de las medidas cautelares, es decir, la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora.

**6.** Que a fin de analizar la verosimilitud del derecho de los actores −vecinos del predio a demoler− cabe recordar que el art. 30 de la CCABA

establece la **obligatoriedad** de realizar la evaluación de impacto ambiental con carácter previo a todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y ***"su discusión en audiencia pública"***. En forma concordante con esta previsión constitucional, la ley 123, estableció como ámbito de aplicación a *"todas las actividades, proyectos, programas o emprendimientos susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto, que realicen o proyecten realizar personas físicas o jurídicas, públicas o privadas"* (art. 4). A su vez, dentro de las etapas de procedimiento técnico–administrativo de la evaluación de impacto ambiental se incluyó la ***"audiencia pública de los interesados y potenciales afectados"*** (art. 9, inc. e).

De estas normas se desprende la exigencia de la audiencia pública con ***carácter general y obligatorio*** para todas las actividades, proyectos, programas o emprendimientos que puedan producir un impacto ambiental de relevante efecto (conf. art. 4 citado, ley 123 sancionada el 10/12/1998, promulgada el 19/1/1999 y publicada con fecha 1/2/1999).

De conformidad con la reseña de los antecedentes efectuada, parecería que *a priori* la Evaluación de Impacto Ambiental debía ser realizada de conformidad con las etapas de procedimiento técnico generales y no atendiendo al régimen de excepción previsto en el art. 40 de la misma ley, que al tratarse de un supuesto de este tipo –como señala la propia demandada; v. fs. 200 *in fine*– debía –y debe– ser interpretado con carácter restrictivo.

Compulsadas las constancias de autos, la primera oportunidad en la que surge el tratamiento de *"la demolición por sí o a través de terceros de la Cárcel de Encausados de la Capital Federal (U-1)"* es en el Convenio 45/02 de fecha **4/11/2002** –aprobado por ley 1002 del 12/12/2002–, cláusula segunda. A su vez, aún no se encontraba culminada la aprobación del proyecto de rectificación urbanística del predio involucrado, que el Gobierno se comprometía –en ese mismo acto– a gestionar (conf. cláusula primera). Esta circunstancia temporal, resulta coincidente con los "vistos" y "considerandos" de la propia resolución 88/SSMA/2004-AA Ley 123 –cuya suspensión se solicita–. Allí se indica que el proyecto de "Demolición con Explosivos ex Cárcel de Caseros" (v. "vistos" de la mencionada resolución) *"se encuentra previsto en el Convenio Nº 45/02 aprobado por la ley 1002, celebrado el 4 de noviembre de 2002"* (v. considerando 1º, res. 88/SSMA/2004).

Parece presumible que a esta fecha (noviembre de 2002), la ley 123 resultaba exigible y obligatoria para las actividades o programas que cayeran dentro de su ámbito de aplicación y, por lo tanto, el proyecto de demolición de la ex Cárcel de Caseros parecería encuadrarse dentro de sus previsiones genéricas y no en régimen de excepción. En este contexto hablar de "continuidad" del programa o proyecto

conllevaría a una violación y desnaturalización del art. 40 de la ley 123, de vigencia anterior a la celebración de aquel convenio. Estas constancias, resultarían *a priori* reñidas con la interpretación que propone el GCBA, circunstancia cuyo estudio corresponderá al fondo de la cuestión.

A ello hay que agregar el carácter "especial" de los vecinos del predio, entre los que basta mencionar –a título de ejemplo– al Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Por ello, la realización de la audiencia pública con carácter previo resultaría exigible y al no haberse cumplido con la misma –circunstancia que no se encuentra discutida por ninguna de las partes– habría un incumplimiento en los procedimientos exigibles.

Estas circunstancias permiten tener por acreditada *prima facie* la verosimilitud en el derecho invocado por los actores, sin que ello implique pronunciarse respecto de las condiciones en que fue realizado el estudio de impacto ambiental obrante en autos ni sobre su adecuación o inadecuación a la normativa vigente.

**7.** Que el peligro en la demora, aparece de la simple compulsa de las actuaciones y de la propia resolución cuya suspensión se solicita, dado que por la misma se resuelve otorgar la declaración de Impacto Ambiental en los términos del art. 28 inc. c) al "Proyecto de Demolición con explosivos ex Cárcel de Caseros" (art. 1) y el Certificado de Aptitud Ambiental previsto en el art. 9 inc. g) –ambos artículos de la ley 123– sin la necesaria participación de los posibles afectados.

**8.** En cuanto la falta de contemplación del interés público por parte de la medida cautelar –alegado por el GCBA–, no se advierte que de esta suspensión preventiva resultare un grave daño para el interés público y, por el contrario, su no suspensión podría –en principio y de conformidad con las constancias de autos– acarrear graves perjuicios en la salud de los vecinos del predio y el ambiente, en franca violación a los arts. 41 CN, 20 y 26 CCABA.

A ello cabe agregar que el tribunal ha sostenido que el control judicial de lo decidido por la administración no puede limitarse a la alegación abstracta del interés público comprometido, sino que debe comprender el examen de los hechos, siendo necesario que las partes acompañen al tribunal elementos adecuados a efectos de valorar el derecho que les asiste (conf. "Boscolo, Elsa c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]", expte. 1138, resuelto el 16 de agosto de 2001).

**Disidencia del Dr. Esteban Centanaro.**

**RESULTA:**

1. La Jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y, en consecuencia, ordenó la suspensión de la Resolución Nro.088-SSMA-2004 A.A. Ley 123 dictada por el Subsecretario de Medio Ambiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en las presentes actuaciones.

Para así decidir, luego de realizar consideraciones en torno a la procedencia de las medidas cautelares, señaló que *prima facie* parecería haberse omitido la realización de la audiencia pública que resultaría exigible con carácter previo al dictado de tal resolución de acuerdo con lo establecido en la Ley 123, motivo por el cual el acto administrativo cuestionado podría encontrarse viciado en su procedimiento. Entendió que dicha circunstancia acredita la verosimilitud del derecho de los peticionantes a fin de proceder a la concesión de la medida cautelar solicitada. Por otra parte, sostuvo que el requisito de peligro en la demora también se encuentra cumplido toda vez que de no hacer lugar a la medida la eventual sentencia que acogiendo el derecho de los amparistas se tornaría inoficiosas ante la ejecución de la demolición de la ex cárcel de Caseros.

2. El Gobierno de la Ciudad apeló la decisión de la jueza *a quo*. En su expresión de agravios, manifiesta que la sentenciante anterior en grado incurrió en un error de encuadre normativo, al omitir considerar que el caso en estudio se encuentra previsto por el art.40 de la Ley 123. En este sentido, sostiene que dicha norma consagra un supuesto de excepción al régimen de audiencias públicas instrumentado por ella en los casos de proyectos, programas o emprendimientos, que se presumen de relevante efecto y que se encontraban en desarrollo, ejecución o funcionamiento al promulgarse la citada ley. Afirma que el caso de autos encuadra en tal supuesto, motivo por el cual no corresponde la realización de la audiencia pública temática a la que refieren los actores. Para sustentar tal tesitura, detalla las normas y acuerdos celebrados a partir del año 1995 que fundamentarían que el proyecto aquí controvertido se originó con anterioridad a la promulgación de la Ley Nro.123 (Cf. Decreto 114/GCBA/99 del 19/01/1999).

Efectúa consideraciones en torno a la falta de verosimilitud en el derecho de los actores, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y el interés público involucrado en la prosecución de la obra. Con respecto a esta última cuestión, consigna que la sentencia apelada importa en los hechos la suspensión de la obra de demolición de la denominada Cárcel de Caseros obra que el Gobierno de la Ciudad se ha comprometido a realizar.

3. A fs.213/217 la parte actora contesta el traslado de los agravios vertidos, presentación a la que cabe remitirse en honor a la brevedad.

4. A fs.219/221 se encuentra glosado el dictamen emitido por la Sra. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones, mediante el cual propicia hacer lugar a la apelación del Gobierno de la Ciudad y revocar el pronunciamiento dictado en la instancia anterior.

**CONSIDERANDO:**

5. Delimitados los antecedentes del caso, corresponde analizar la cuestión sometida a debate.

En primer lugar, cabe señalar que corresponde analizar la cautela peticionada desde la perspectiva que se encuentra contenida expresamente en el artículo 189 del CCAyT, en cuanto prevé que las partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución de un acto en dos claros supuestos: a) cuando la ejecución o cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo causare o pudiere causar graves daños al administrado, el tribunal, a pedido de aquél, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; o b) cuando el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión. A su vez, prevé in fine el citado artículo que la autoridad administrativa correspondiente puede solicitar el levantamiento de la suspensión en cualquier estado del trámite (conf. mi voto en "Alvear Palace Hotel SA c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos"; “Origenes A.F.J.P. S.A. –Direccion General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario de la Ciudad de Bs. As. S/ Medida Cautelar”; "Austral Líneas Aereas –Cielos Del Sur S.A. Contra GCBA S/ Impugnación Actos Administrativos", entre muchos otros).

También se requiere, en su caso, una contracautela suficiente ante la eventualidad de que la medida perjudique a la contraria, en caso de que se juzgase en la sentencia definitiva la inexistencia del derecho esgrimido, y con el objeto de hacer efectiva la responsabilidad prevista en el art. 188 del CCAyT (asimismo, art. 6 de al ley 7), procurándose en definitiva que el proceso para obtener la razón no se convierta en un daño para quien tiene razón (conf. esta Sala in re *"González, Mónica Adriana c/GCBA sobre procesos incidentales -medida cautelar",* Expte. Nº 5422/1, sentencia del 7 de febrero de 2003).

6. Establecido lo que precede, se advierte que el Código local regula de forma separada del resto de las cautelares la medida de suspensión del acto administrativo, la cual posee regulación específica en el artículo 189 citado y cuya procedencia queda supeditada a la verificación de al menos uno de los extremos previstos en el artículo citado, con prescindencia de analizar los requisitos comunes a las

demás medidas cautelares, a saber, verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Ello, sin perjuicio de la aplicación analógica de la normativa vigente en materia de medidas cautelares, la cual procederá sólo ante vacíos legales y no por subsidiareidad (Conf. Cassagne, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo*, La Ley, 28.03.2001).

7. Ello así, corresponde adentrarse en el examen de la apelación incoada, con la prudencia que exige la cuestión y teniendo en cuenta los requisitos enunciados *ut supra.*

Cabe advertir que, conforme lo sostenido por los actores, en esta etapa preliminar el meollo de la cuestión radica en determinar si existen motivos suficientes para afirmar que previo al dictado de la Resolución 88-SSMA-2004 debió celebrarse una audiencia pública temática o por el contrario, tal como lo sostiene el Gobierno de la Ciudad, el *sub examine* encuadra dentro de un supuesto de excepción a la Ley Nro.123.

En referencia a ello, adelanto, coincido con lo dictaminado por la Sra. Fiscal ante la Cámara de Apelaciones. Considero que, atento la controversia interpretativa, no surge de manera manifiesta que el acto cuestionado ostente una ilegalidad manifiesta que torne procedente su suspensión de acuerdo con lo dispuesto por la normativa aplicable en materia de medidas cautelares. En este sentido, debe consignarse que no es posible afirmar con la certeza que se requiere a fin de conceder la suspensión del acto administrativo que la resolución cuestionada no forme parte de "actividades, proyectos, programas o emprendimientos" que se encuentren en "ejecución, desarrollo o funcionamiento" con anterioridad al 19 de enero de 1999, fecha de promulgación de la Ley 123. Por el contrario, existen elementos que tornan posible aseverar que la demolición de la denominada Ex Cárcel de Caseros se encuentra contenida en el plan instrumentado a fin de trasladar dicha unidad penitenciaria, programa que se habría iniciado en el año 1995 a través del Decreto Nro.426/PEN/95.

Nótese que, justamente, es a partir de la implementación de tal programa que tanto el Poder Ejecutivo Nacional como el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires han adoptado diversas medidas a fin de finalizar el emprendimiento, entre las cuales es posible incluir, *prima facie,* la demolición de la unidad carcelaria. Debe destacarse que, tal como lo señalara el dictamen de la Sra. Fiscal, si bien el proyecto de demolición no se encontraba ejecución al momento de la entrada en vigencia de la Ley Nro.123, sí lo estaba el programa de traslado de la cárcel, en el marco del cual –como quedó dicho- podría afirmarse que la demolición se encontraría incluida.

8. Lo anterior se sostiene teniendo en cuenta que en los casos como el que nos ocupa, en los que se pretende la suspensión de los efectos de un acto administrativo, deben apreciarse con sumo rigor la concurrencia de los

extremos que habilitan una decisión en tal sentido. Ello, pues –como se señalara- lo que se encuentra en tela de juicio es la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Al respecto, cabe memorar que *"la presunción de legitimidad no reviste un carácter absoluto pues cede frente a la aparición de vicios manifiestos"* (Cassagne, Juan "Derecho Administrativo", Tomo II, Ed.Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág.231, el destacado no pertenece al original). Como se señalara anteriormente, toda vez que en este estado preliminar de la cuestión, no es posible aseverar la existencia de vicios manifiestos en el dictado del acto cuestionado, corresponde que prime su presunción de legitimidad y, en consecuencia, resulta improcedente ordenar su suspensión.

9. En virtud de lo expuesto, entiendo que no se encuentran justificados los extremos a fin de otorgar la medida cautelar solicitada, motivo por el cual corresponde revocar la sentencia apelada.

Por las razones expuestas, y habiendo dictaminado la señora fiscal ante la Cámara el tribunal **por mayoría RESUELVE**: confirmar la sentencia apelada.

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

Mabel Daniele Eduardo Russo

Esteban Centanaro

**(en disidencia)**