

PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2010

Edición Bicentenario

EJES TEMÁTICOS

Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales

Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda

Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas

Derechos de los pacientes

CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL
CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

*eudeba*

Centro de Formación Judicial
Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires.

Premio Formación Judicial 2010
Edición Bicentenario

1a ed. - Buenos Aires : Eudeba, 2012.
344 p. ; 14x21 cm.
ISBN 978-950-23-1864-6
1. Derecho. I. Título.
CDD 340



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

© 2012
Editorial Universitaria de Buenos Aires // Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 43 83 80 25 // Fax: 43 83 22 02 // www.eudeba.com.ar

IMPRESO EN ARGENTINA
HECHO EL DEPÓSITO QUE ESTABLECE LA LEY 11723



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso del editor.

Ejes temáticos

Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
El régimen de coparticipación y otras transferencias federales.
Nuevos recursos locales

Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda

Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas

Derechos de los pacientes

Premios

1er. premio

Publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 6.000 (seis mil pesos)

2do. premio

Publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 3.000 (tres mil pesos)

3er. premio

Publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 1.500 (un mil quinientos pesos)



cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Autoridades

Consejo de la Magistratura (2011)

Presidente: Dr. Horacio Guillermo Anibal Corti

Vicepresidencia: Vacante

Secretaria: Dra. Gisela Candarle

Vocales: Dres. Javier Concepción, Daniel Fábregas, Patricia López Vergara, Santiago Otamendi

Centro de Formación Judicial (2011)

CONSEJO ACADÉMICO

Presidente: Dr. Luis F. Lozano

Vicepresidente: Dr. Jorge A. Franza

Secretario: Dr. Gonzalo S. Rua

Vocales: Dres. Susana J. Albanese, Oscar J. Ameal, José O. Casás, Juan V. Cataldo, Germán Garavano, Mario J. Kestelboim, Laura Musa, Tulio Ortiz, Mónica Pinto

Secretario Ejecutivo:

Dr. Eduardo Molina Quiroga

Director de Formación Judicial y Administrativa:

Dr. Carlos M. Parise

Oficina de Coordinación de Convenios y Becas:

Dra. Sandra Fodor

Oficina de Formación Judicial y Administrativa:

Dra. Lucrecia Córdoba



cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Contenidos

Índice

- 13. Presentación
- 17. Institución del Premio
- 25. Prórroga plazo de presentación
- 29. Prórroga informe del Jurado
- 33. Otorgamiento del premio
- 45. Eje temático: Recursos financieros de la CABA. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales
- 47. Eje temático: Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda
- 49. "Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de Derechos Humanos". Por Liliana Beatriz Costante. Primer Premio
- 83. "Vivir y dejar vivir. Una aproximación jurídica al derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires". Por Enzo Finocchiaro. Segundo Premio
- 115. "La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad. El art. 335 del CPPCABA como un avance del poder punitivo del Estado sobre los conflictos sociales". Por Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman. Tercer premio
- 143. "Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA". Por Juan Carlos Riccardini. Mención honorífica
- 177. Eje temático: Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas
- 179. "Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo". Por Flavio Ismael Lowenrosen. Primer premio
- 209. "Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361". Por María Belén Aliciardi. Tercer premio
- 247. "Organización, fines, necesidades y usuarios. Una propuesta de políticas judiciales en redes". Por Santiago del Carril
- 275. Eje temático: Derechos de los pacientes
- 277. "El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud". Por Paula Andrea Saba y Pablo Ariel Temponi. Tercer premio
- 311. Addenda premios anteriores
- 319. Reseña de actividades



Presentación

El Centro de Formación Judicial es un órgano autárquico del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con autonomía académica e institucional. Su misión es la preparación y formación permanente para el mejoramiento en el ejercicio de las diversas funciones judiciales.

Desde hace varios años organiza un concurso de trabajos sobre temas inherentes al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, destinados a fomentar su estudio e investigación.

Esta experiencia comenzó en 2004, con el Premio "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Res. CM N° 750/03), destinado a "Empleados del Poder Judicial". Se amplió con el "Premio Formación Judicial 2005" (Res. CACFJ N° 19/05), en el que se incorporaron las categorías "Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad" y "Abierta" (destinada a profesionales del Derecho, estudiantes y público en general). El "Premio Formación Judicial 2006" (Res. CACFJ N° 7/06) y "Premio Formación Judicial 2007" (Res. CACFJ N° 7/07) fueron afianzando los objetivos iniciales. La edición 2008 del Premio Formación Judicial (Res. CACFJ N° 7/08) se realizó bajo la consigna "Autonomía porteña y facultades de jurisdicción". En el "Premio Formación Judicial 2009" (Res. CACFJ N° 11/09) se establecieron cuatro ejes temáticos: Aplicación de los Tratados Internacionales de D.D.H.H. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?; Criterios de selección de jueces y funcionarios.

Finalmente presentamos el "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario" (Res. CACFJ N°17/10) cuyos ejes temáticos fueron Derechos de los pacientes; Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas; Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales; Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda.

Queda nuevamente agradecer al destacado conjunto de profesores y juristas que integraron el Jurado, así como al valioso aporte de los participantes e invitar a los lectores a recorrer las páginas que siguen.

Dr. Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro Formación Judicial

Dr. Luis F. Lozano
Presidente del Consejo Académico
Centro Formación Judicial

Res. CACFJ N° 17/10



Institución del Premio

Buenos Aires, 26 de abril de 2010

VISTO:

El informe presentado por el Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial con motivo de la propuesta de realización del Concurso "PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2010 – EDICIÓN BICENTENARIO", y

CONSIDERANDO:

Que el pleno desarrollo del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actualiza la necesidad de realizar actividades de difusión, análisis y debate de sus contenidos e implicancias.

Que la realización de un concurso como el propuesto contribuirá a dicho cometido, así como a tareas de formación y capacitación en la materia.

Que se cuenta con la experiencia previa del Concurso *Premio "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*, aprobado por Res. CM N° 750/03; del *"Premio Formación Judicial"*, aprobado por Res. CACFJ N° 19/05; del *"Premio Formación Judicial 2006"*, aprobado por Res. CACFJ N° 7/06; del *"Premio Formación Judicial 2007"*, aprobado por Res. CACFJ N° 7/07; del *"Premio Formación Judicial 2008"*, aprobado por Res. CACFJ N° 7/08; y del *"Premio Formación Judicial 2009"*, aprobado por Res. CACFJ N° 11/09.

Que para esta oportunidad, y teniendo en cuenta los resultados de la edición 2009, la Secretaría Ejecutiva propone nuevamente establecer cuatro ejes temáticos.

Que a los efectos de la constitución del Jurado, se ha convocado a un destacado conjunto de docentes y expertos en estas materias.

Que se ha elaborado una propuesta de contenidos y metodologías que resultan adecuadas a los objetivos señalados, y puede incluirse entre los fines del Sistema de Formación y Capacitación Judicial,

Por ello,

**EL CONSEJO ACADÉMICO
DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
RESUELVE:**

Art. 1º: Apruébase la realización del Concurso "PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2010 EDICIÓN BICENTENARIO", con los contenidos y desarrollo que se detallan en el Anexo I.

Art. 2º: Los jurados percibirán la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) cada uno, por la tarea efectivamente realizada.

Art. 3º: Regístrese, comuníquese al Consejo de la Magistratura, hágase saber a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y

al Departamento de Mesa de Entradas, publíquese en el Boletín Oficial y en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, oportunamente, archívese.

RES. CACFJ N°: 17/2010

Dr. Luis F. Lozano

Dr. Jorge A. Franza

Dr. Gonzalo S. Rua

Dr. José O. Casás

Dr. Germán C. Garavano

ANEXO I

Concurso “Premio Formación Judicial 2010 - Edición Bicentenario”

Reglamento

Artículo 1º. El Consejo Académico del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en adelante el Consejo Académico, llama a concurso para optar al “PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2010 – EDICIÓN BICENTENARIO”, destinado al fomento y difusión de investigaciones sobre temáticas inherentes al Poder Judicial de la Ciudad.

Artículo 2º. Los premios a otorgar estarán dedicados a obras inéditas.

Artículo 3º. Se instituyen los siguientes premios en cada uno de los ejes establecidos en el art. 7º:

1º Premio: publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 6.000.- (seis mil pesos).

2º Premio: publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 3.000.- (tres mil pesos).

3º Premio: publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 1.500.- (un mil quinientos pesos).

El Jurado podrá beneficiar a una sola obra por cada premio.

La publicación será distribuida por el Centro de Formación Judicial, a su mejor criterio.

De los participantes:

Artículo 4º. El concurso está destinado a graduados de cualquier Facultad de Derecho.

Artículo 5º. Se aceptarán obras escritas en colaboración por hasta dos autores que cumplan la condición prevista en el artículo anterior, siempre que el texto presentado guarde unidad; no se admitirán compilaciones. En caso de obtener un premio o mención, será compartido.

Artículo 6º. Cada autor podrá presentar una sola obra, sea o no en colaboración.

De los ejes temáticos:

Artículo 7º. Se fijan los siguientes ejes temáticos:

- Derechos de los pacientes;
- Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas;
- Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales;
- Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda

El nombre del eje temático no podrá ser utilizado como título de la obra. Si ello ocurriere, la Secretaría Ejecutiva del Centro de Formación Judicial podrá rechazar “*in limine*” la presentación.

De las obras:

Artículo 8º. Dentro del área temática aludida en el artículo 7º, los autores podrán intervenir con obras originales, inéditas, escritas en idioma español, cualquiera fuera su fecha de composición. La presentación de una monografía al concurso implica necesariamente la aceptación íntegra e incondicional de las presentes bases, que incluye la posibilidad de prorrogar los plazos de presentación de las obras si el Centro de Formación Judicial lo considerara necesario, sin expresión de causa, así como la garantía por parte del concursante, con total indemnidad para el Centro de Formación Judicial, de la autoría y la originalidad de la obra, y de que ésta no sea copia ni modificación total o parcial de ninguna otra. Los autores premiados ceden al Centro de Formación todos sus derechos sobre las obras.

Artículo 9º. La extensión de las obras presentadas no podrá ser menor de 20 (veinte) ni mayor de 50 (cincuenta) páginas. Se adjuntarán en dos (2) sobres cerrados que deberán estar rotulados con el seudónimo y el título del trabajo. El sobre N° 1 deberá contener un original encarpetao o abrochado (no encuadernado ni anillado), inicialado en cada una de sus páginas; un diskette o disco compacto que contenga la obra y el formulario que obra en el Anexo A del presente, donde conste la identidad del participante. El sobre N° 2 deberá contener tres (3) copias del trabajo sin inicialar ni firmar, solo con indicación del seudónimo utilizado. Las obras deberán llevar en la primera página el seudónimo que decida utilizar el autor y ser presentadas impresas en papel tamaño IRAM A4, tipografiadas con absoluta claridad y a una sola carilla, tipo de letra Arial tamaño 12, con interlineado 1,5, alineación justificada y confeccionado en formato Word 6.0 o superior, o bien rtf.

Los textos deberán escribirse con los siguientes márgenes: superior 5 cm.; inferior 2 cm.; izquierdo 4 cm.; derecho 2 cm.

Si dos obras fueran presentadas bajo el mismo seudónimo, el Centro de Formación Judicial procederá a cambiar el que fuera presentado cronológicamente en segundo término.

Título y subtítulos: El título y subtítulos deberán indicar claramente el contenido del trabajo; el título deberá escribirse en negritas tipo de letra Arial tamaño 14; los subtítulos, en negritas tipo de letra Arial tamaño 12. Tanto el título como los subtítulos no deben llevar punto final.

Divisiones: Los textos deberán escribirse observando las siguientes divisiones:

- Partes temáticas o Capítulos: identificados con números romanos (Ej.: I.- Las Constituciones Provinciales)
- Cuestiones de los capítulos: identificados con números arábigos (Ej.: 1.- La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)
- Aspectos de las Cuestiones (identificados con números arábigos) (Ej.: 1.1.- Antecedentes)

Citas textuales: Cuando sean menores a tres renglones, deberán entrecomillarse como parte en el texto. Las mayores a tres renglones deberán citarse aparte, después de dos puntos, en un tamaño menor de letra y sin entrecomillar. Ambas deberán ser escritas en letra normal, no en cursivas.

Tablas y gráficos: Deberán incluirse en nota al final del texto e insertarse como anexo al final del trabajo.

Notas a pie de página: Deberán enumerarse en forma consecutiva para todo el texto y escribirse en tipo de letra Arial tamaño 9, a espacio sencillo.

Referencias en el texto: Deberán ser hechas con el sistema Harvard, de la siguiente manera: (Apellido del autor, coma, espacio, año, dos puntos, sin espacio páginas).

Toda cita textual o específica de un autor debe mencionar la página del texto en donde se hace la mención. Sólo los comentarios generales no deben mencionar las páginas.

Referencias o bibliografía: Al final del trabajo debe mencionarse en orden alfabético la literatura citada en el texto de la manera siguiente:

- Apellido y nombre del primer autor y nombre y apellido del segundo autor, de existir.
- Año de edición (entre paréntesis).
- Título del artículo o capítulo en libro, entrecomillado.
- Título de la revista o libro en cursivas.
- Número y volumen de la revista.
- Editorial.
- Lugar de edición.

Cuando la cita corresponda a una página web, deberá indicarse la fecha en que fue consultada.

Artículo 10º. No podrán presentarse a este concurso obras que total o parcialmente hayan obtenido premios con anterioridad en otros certámenes.

De la inscripción:

Artículo 11º. La inscripción al concurso y la respectiva entrega de obras se concretará en la *Mesa de Entradas del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* de Av. L. N. Alem 684 -EP de la Ciudad de Buenos Aires, exclusivamente, que será la encargada de su remisión al Centro de Formación Judicial.

Artículo 12º. Los autores se inscribirán mediante el llenado de formularios que podrán ser solicitados por los concursantes personalmente, o impresos de la página web www.jusbaires.gov.ar. Toda otra forma de inscripción no será válida. Los formularios aludidos revestirán el carácter de declaración jurada previsto en el artículo 8º de este reglamento. El falseamiento de datos dará lugar a la pérdida de todo derecho en la participación del concurso. La inscripción y presentación de las obras podrá ser realizada a través de correo mediante envío postal certificado, el cual deberá contener los dos sobres referidos en el art. 9º y deberá ser dirigido al Departamento Mesa de Entradas del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la aclaración "Premio Formación Judicial 2010". En el remitente deberá consignarse únicamente el seudónimo elegido. Sólo se recibirán por correo postal aquellos trabajos que ingresen a la Mesa de Entradas antes del vencimiento del plazo de presentación de obras. Si el envío postal tuviera la indicación de algún nombre y apellido (aunque luego se comprobara que no se corresponde con el/los autor/as de la obra) podrá ser rechazado in limine por la Secretaría Ejecutiva del Centro de Formación Judicial.

Asimismo, podrá rechazar in limine la presentación que no aclare en el formulario de inscripción a cuál de los ejes corresponde el trabajo presentado

Artículo 13º. No se devolverán los originales presentados.

Del jurado:

Artículo 14º. El jurado se integrará por miembros titulares y suplentes designados por el Consejo Académico.

Se designa para el eje "Derechos de los pacientes", a los Dres. Alberto Bueres, Lily Rosa Flah

e Ignacio Maglio como miembros titulares; y a los Dres. Marisa Aizenberg, Aníbal Piaggio y Sandra Wierzba como miembros suplentes.

Se designa para el eje "Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas" a los Dres. Atilio A. Alterini, Horacio Bersten y Carlos A. Gherzi como miembros titulares; y a los Dres. Laura Pérez Bustamante, Norma Olga Silvestre y Enrique Luis Suárez como miembros suplentes.

Se designa para el eje "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales", a los Dres. Jorge Damarco, Pablo José María Revilla y Aristides H. M. Corti como miembros titulares; y a los Dres. Gustavo Naveira de Casanova, Alberto Tarsitano y Juan Manuel Álvarez Echagüe como miembros suplentes.

Se designa para el eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda", a los Dres. Carlos Alberto Mahiques, Carlos Chiara Díaz y Julián Ercolini como miembros titulares; y a los Dres. Gustavo González Ferrari, Andrés Harfuch y Marcelo Colombo como miembros suplentes.

Artículo 15°. Los premios instituidos podrán ser declarados desiertos total o parcialmente si así lo estimare procedente el jurado. También quedará a criterio de dicho cuerpo otorgar menciones honoríficas.

Artículo 16°. Corresponderá al jurado decidir sobre el encuadre reglamentario de las obras presentadas y sobre la asignación de premios con un mínimo de dos (2) votos. Para la calificación y selección de monografías, el Jurado tomará en cuenta, entre otros criterios: el aporte teórico a la temática (riqueza conceptual del trabajo); su relevancia temporal (actualidad); la claridad de la exposición de los conceptos, la riqueza en el desarrollo de las ideas y el cumplimiento de los requisitos establecidos para la redacción. El fallo del jurado debe ser presentado por escrito y es irrecurrible. A fin de preservar el anonimato, se abrirán los sobres que contienen las identidades de los concursantes una vez presentado el informe del jurado y en presencia de dos funcionarios del Consejo de la Magistratura.

Artículo 17°. El veredicto del jurado se dará a publicidad en forma inmediata a través de la página web del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Centro de Formación Judicial efectuará comunicaciones personales solamente a los premiados y a los que eventualmente hubieran obtenido menciones.

DE LO NO PREVISTO:

Artículo 18°. Todo cuanto no hubiere sido previsto en este reglamento será resuelto por el Jurado.

PLAZO DE PRESENTACIÓN:

Artículo 19°. Se fija como plazo de presentación de trabajos hasta el día 13 de agosto de 2010 a las 18 hs.

FECHA DE ENTREGA DEL INFORME DEL JURADO:

Artículo 20°. Se fija como fecha de entrega del informe del Jurado, el día 15 de setiembre de 2010.

Disp. SE-CFJ N° 083/2010



Prórroga plazo de presentación

Buenos Aires, 9 de agosto de 2010

VISTO:

La Resolución CACFJ N° 17/10 que instituyó el "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario", y

CONSIDERANDO:

Que la referida Resolución estableció en el Art. 19 como plazo para la presentación de trabajos el día 13 de agosto de 2010 hasta las 18:00 horas

Que se han recibido numerosas consultas y solicitudes de varios interesados dirigidas a este Centro de Formación Judicial en el sentido de extender el plazo de presentación de trabajos.

Que para esta propuesta se han tenido en cuenta los antecedentes de los concursos Premio Formación Judicial 2005 (Res. CACFJ N° 19 y 34/05), Premio Formación Judicial 2006 (Res. CACFJ N° 07 y 24/06), del Premio Formación Judicial 2007 (Res. CACFJ N° 07 y 32/07), del Premio Formación Judicial 2008 (Res. CACFJ N° 07 y 37/08) en atención a que por similares razones se prorrogara el plazo para presentación de trabajos.

Que, en igual sentido, a los efectos de ampliar la difusión del mencionado concurso en distintos ámbitos académicos y profesionales, se considera conveniente prorrogar el plazo de presentación de trabajos para optar al *Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario* hasta el día 13 de setiembre de 2010 a las 18:00 horas y prorrogar el plazo de presentación del informe del Jurado hasta el día 13 de octubre de 2010 a las 18:00 horas, plazo este último que podrá ser extendido si mediaren causas atendibles.

Por ello,

**El Secretario Ejecutivo
del Centro de Formación Judicial
DISPONE**

Art. 1º: Prorrógase el plazo de presentación de trabajos para optar al "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario" hasta el día 13 de setiembre de 2010 a las 18:00 horas.

Art. 2º: Prorrógase el plazo de presentación del informe del Jurado hasta el día 13 de octubre de 2010 a las 18:00 horas, que podrá ser extendido si mediaren causas atendibles.

Art. 3º: Regístrese, comuníquese al Consejo de la Magistratura, hágase saber a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publíquese en el Boletín Oficial y en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, oportunamente, archívese.

Dr. Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro de Formación Judicial
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Disp. SE-CFJ N° 132/2010



Prórroga informe del Jurado

Buenos Aires, 12 de octubre de 2010

VISTO:

La Res. CACFJ N° 17/10, que instituyó el "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario", la Disp. SE-CFJ N° 83/10 que prorrogó el plazo de presentación de trabajos y del informe del jurado, la solicitud de algunos Miembros del Jurado y

CONSIDERANDO:

Que los miembros del Jurado designados para evaluar los trabajos presentados en el Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario, han solicitado prorrogar el plazo de presentación de su informe por imposibilidad de analizar las obras antes de la fecha indicada.

Que la Res. N° CACFJ N° 17/10 estableció como fecha límite para la presentación del informe el día 13 de septiembre de 2010.

Que la Disp. SE-CFJ N° 83/10 extendió el plazo para presentar los trabajos hasta el día 13 de septiembre de 2010 y el plazo para presentar el informe del jurado hasta el día 13 de octubre de 2010.

Que el Consejo Académico está convocado para el día 28 de octubre de 2010.

Que mediando razones de urgencia, es necesario extender el plazo previsto en la disposición aludida.

Por ello,

**El Secretario Ejecutivo
del Centro de Formación Judicial
DISPONE**

1º) Prorróguese el plazo de presentación del informe del Jurado del "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario", designado por Disp. SE-CFJ N° 83/10, hasta el día 13 de noviembre de 2010, *ad referendum* del Consejo Académico.

2º) Regístrese, comuníquese al Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, al Consejo de la Magistratura y a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los miembros del Jurado del Premio Formación Judicial 2010, publíquese en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y oportunamente archívese.

Dr. Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro de Formación Judicial



Disp. SE-CFJ N° 01/2011

Disp. SE-CFJ N° 02/2011

Disp. SE-CFJ N° 35/2011



Otorgamiento del Premio

Buenos Aires, 26 de enero de 2011

VISTO:

La Res. CACFJ N° 17/10, que instituyó el "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario", la Disp. SE-CFJ N° 132/10 que prorrogó el plazo de presentación del informe del Jurado y los dictámenes de los jurados de los ejes temáticos "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales" y "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda", y

CONSIDERANDO:

Que la Disp. N° 132/10 extendió el plazo para presentar el informe del jurado hasta el día 13 de noviembre de 2010.

Que se han recibido los dictámenes del jurado en los ejes temáticos "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales" y "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda".

Que teniendo en cuenta que hasta el momento no se ha fijado la fecha de la nueva reunión del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial y que se han recibido numerosas consultas sobre el resultado del concurso corresponde dictar el acto administrativo pertinente a fin de instituir los ganadores del premio.

Que se ha procedido a la apertura de sobres, con el siguiente resultado:

1) Eje temático "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales":

#	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	Luna	El nuevo régimen de coparticipación. El deber jurídico incumplido	PAGLIETTA GIORGIS, Darío
2	Hamilton	Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas	BERTEA, Anibal Oscar
3	Tusenbach	La coparticipación como fuente de un recurso para la defensa de los derechos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	AMESTOY, Gustavo Horacio

Que el Jurado, integrado por los Dres. Jorge Damarco, Pablo José María Revilla y Aristides H. M. Corti, realizó la evaluación de los trabajos presentados y arribó a la conclusión de que correspondía establecer el siguiente orden de mérito:

Primero, segundo y tercer premios desiertos.

Mención honorífica a la obra "Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas", presentada bajo el seudónimo *Hamilton*, de autoría de Anibal Oscar Berteza.

2) Eje temático "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda":

#	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	El Aprendiz	Vivir y dejar vivir	FINOCCHIARO, Enzo
2	Nial	Superposición del derecho: propiedad vs. vivienda digna. Soluciones ante un conflicto de intereses	IMPERIALE, Nazareth Azul y LOPEZ SUEZ, Andrea Elizabeth
3	Carpeta	Propuestas para efectivizar la actividad judicial ante el delito de usurpación	FORONDA, María Carolina
4	Omara Flores	Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de DDHH	COSTANTE, Liliana Beatriz
5	Mr. Eko	El reintegro cautelar de inmuebles. Una cuestión del derecho civil en el proceso penal	CEBALLOS, Nicolás Ramón y MAIORANO, María Mercedes
6	Saint Exupery	Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA	RICCARDINI, Juan Carlos
7	Agustina Tártara	La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad	QUAINE, Ezequiel Martín y OHMAN, Natalia

Que el Jurado, integrado por los Dres. Carlos Alberto Mahiques, Carlos Chiara Díaz y Julián Ercolini, realizó la evaluación de los trabajos presentados y arribó a la conclusión de que correspondía otorgar los premios en el siguiente orden de mérito:

Primer Premio: a la obra "Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de DDHH", presentado bajo el seudónimo *Omara Flores*, de autoría de Liliana Beatriz Costante.

Segundo Premio: a la obra "Vivir y dejar vivir", presentado bajo el seudónimo *El Aprendiz*, de autoría de Enzo Finocchiaro.

Tercer premio: a la obra "La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad", presentado bajo el seudónimo *Agustina Tártara*, de autoría de Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman.

Mención honorífica: a la obra "Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA", presentado bajo el seudónimo *Saint Exupery*, de autoría de Juan Carlos Riccardini.

Que mediante proveído de fecha 3 de diciembre de 2010 se intimó a los participantes,

como medida previa a la continuación del trámite, a acreditar su condición de graduados en derecho.

Que medidas de fuerza gremial, cortes de energía y feriados impidieron el diligenciamiento durante gran parte del mes de diciembre de las notificaciones pertinentes.

Que habiendo sido evacuadas las consultas en la mayoría de los casos, y a los efectos ya mencionados -de no continuar dilatando la publicación de los ganadores- en los casos en que se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos reglamentarios, es conveniente proceder a tal efecto.

Por ello,

**El Secretario Ejecutivo
del Centro de Formación Judicial
DISPONE**

1º) Declarar desierto el primero, el segundo y el tercer premio del eje "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales".

2º) Otorgar mención honorífica del eje "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales" a la obra "Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas" presentada bajo el seudónimo *Hamilton* de autoría de Aníbal Oscar Berteau.

3º) Otorgar primer premio del eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda" a la obra "Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de DDHH", presentado bajo el seudónimo *Omara Flores*, de autoría de Liliana Beatriz Costante.

4º) Otorgar segundo premio del eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda" a la obra "Vivir y dejar vivir", presentado bajo el seudónimo *El Aprendiz*, de autoría de Enzo Finocchiaro.

5º) Otorgar tercer premio del eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda" a la obra "La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad", presentado bajo el seudónimo *Agustina Tártara*, de autoría de Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman.

6º) Otorgar mención honorífica del eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda" a la obra "Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA", presentado bajo el seudónimo *Saint Exuperie*, de autoría de Juan Carlos Riccardini.

7º) Regístrese, comuníquese al Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, al Consejo de la Magistratura y a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los/as nominados/as, publíquese en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y oportunamente archívese.

DISPOSICION SE-CFJ N° 001/11

Dr. Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro de Formación Judicial

Buenos Aires, 28 de enero de 2011

VISTO:

La Res. CACFJ N° 17/10, que instituyó el "Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario", la Disp. CACFJ N° 132/10 que prorrogó el plazo de presentación del informe del Jurado y los dictámenes de los jurados de los ejes temáticos "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales" y "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda", y

CONSIDERANDO:

Que la Disp. N° 132/10 extendió el plazo para presentar el informe del jurado hasta el día 13 de noviembre de 2010.

Que se han recibido los dictámenes del jurado en los ejes temáticos "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales" y "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda".

Que teniendo en cuenta que hasta el momento no se ha fijado la fecha de la nueva reunión del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial y que se han recibido numerosas consultas sobre el resultado del concurso corresponde dictar el acto administrativo pertinente a fin de instituir los ganadores del premio.

Que mediante Disposición SE 001/2011 se han resuelto los aspectos referidos a los ejes temáticos: "Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales" y "Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas"

Que con relación a los otros dos ejes temáticos se ha procedido a la apertura de sobres, con el siguiente resultado:

1) Eje temático "Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas":

#	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	Aguamem	El consumidor con capacidades diferentes	TAMBUSSI, Carlos Eduardo
2	Romar Caro	La protección internacional de los consumidores: el rol de la OMC	ROJO, Martina Lourdes y CAVALLI, Romina
3	Pablo Gioja	El camino de los consumidores y usuarios a la justicia. Análisis de una problemática actual	DI IORIO, José Pablo
4	Favor Consumatore	Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361	ALICIARDI, María Belén

5	Donostia	Nuevos alcances del sistema de protección al consumidor: los sujetos expuestos a una relación de consumo	BAROCELLI, Jerónimo Sebastián
6	El protector de los abusos	Dabo mihi factum dabo tibi ius (dame el hecho te daré el derecho)	ABRAHAM, Misael Mario
7	Conafed	Hacia una tutela efectiva de los derechos de consumidores y usuarios	SANCHE, Ignacio Enrique y CAUSA, María Consuelo
8	Bebakro	Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo	LOWENROSEN, Flavio Ismael
9	Académico	El bystander: una nueva figura en la aplicación de sujetos consumidores	RESQUI PIZARRO, Jorge César
10	Las Marías	La vulnerabilidad del consumidor	CARRO, Natalia Paola y ARIAS, Julia Elena
11	M. G. Achilles	Protección de los consumidores en el nuevo derecho privado argentino	TINTI, Guillermo Pedro y CALDERÓN, Maximiliano Rafael
12	Winston	Organización, fines, necesidades, y usuarios	DEL CARRIL, Santiago

Que el Jurado, integrado por los Dres. Atilio Anibal Alterini, Horacio Bersten y Carlos A. Gherzi, realizó la evaluación de los trabajos presentados y arribó a la conclusión de que correspondía establecer el siguiente orden de mérito:

Primer Premio: se otorga al trabajo *Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo*, presentado bajo el seudónimo **Bebakro**, de autoría de **LOWERONSEN, Flavio Ismael**.

Segundo Premio: se otorga al trabajo *“Organización, fines, necesidades, y usuarios”*, presentado bajo el seudónimo **Winston**, de autoría de **DEL CARRIL, Santiago**.

Tercer premio: se otorga al trabajo *“Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361”*, presentado bajo el seudónimo **Favor consumatore**, de autoría de **ALICIARDI, María Belén**.

Que luego de efectuadas las investigaciones correspondientes, no se ha acreditado que el concursante propuesto para el segundo premio, Santiago López del Carril, sea graduado en Derecho (cf. Art. 4º Anexo Resolución 17 CA 2010), lo que lo inhibe de acceder a dicho premio.

Que sin perjuicio de ello, y en atención al reconocimiento de su trabajo intelectual, que ha sido destacado por el jurado que se ha pronunciado sin conocer la identidad de los concursantes, es procedente autorizar su publicación, dadas las particulares circunstancias del caso.

2) Eje temático **“Derecho de los pacientes”**:

#	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	NOMBRE Y APELLIDO
1	Jazmin Coquis	La deconstrucción de la relación médico paciente	PETRELLA, Alejandra
2	Esperanza	Decidir por sí mismo	ETCHEMENDIGARAY, Luciana
3	Oximoron	El paciente frente a la documentación sanitaria. El nuevo régimen jurídico de la historia clínica a partir de la sanción de la ley N° 26.529	ROITMAN, Adriel Jonás
4	Anabe	Una respuesta posible a un dilema ético en los derechos del paciente	RODRÍGUEZ ELENICO, Lilita Beatriz
5	Homero	Consentimiento informado: su regulación legal y consecuencias de su omisión	PAPILLU, Juan María
6	Melchor	La constitucionalización de los derechos de los pacientes	RONCONI, Liliana Mabel
7	Asaf Harofe	El paradigma asistencial en el siglo XXI	QUEIROLO RECALDE, Adriana
8	Sócrates	El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud	SABA, Paula Andrea y TEMPONI, Pablo Ariel
9	Sophie	El derecho de los pacientes en un tema complejo. Análisis de la cuestión: FIV	RUSSO, María de los Angeles

Que el Jurado, integrado por los Dres. Alberto Bueres, Lily Rosa Flah e Ignacio Maglio, realizó la evaluación de los trabajos presentados y arribó a la conclusión de que correspondía otorgar los premios en el siguiente orden de mérito:

Primer Premio: desierto

Segundo Premio: desierto

Tercer premio: desierto

Mención honorífica: se otorga al trabajo *"El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud"*, presentado bajo el seudónimo Sócrates, de autoría de SABA, Paula Andrea y TEMPONI, Pablo Ariel.

Que mediante proveído de fecha 3 de diciembre de 2010 se intimó a los participantes, como medida previa a la continuación del trámite, a acreditar su condición de graduados en derecho.

Que medidas de fuerza gremial, cortes de energía y feriados impidieron el diligenciamiento durante gran parte del mes de diciembre de las notificaciones pertinentes.

Que habiendo sido evacuadas las consultas correspondientes, y a los efectos ya mencionados -de no continuar dilatando la publicación de los ganadores- en los casos en que

se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos reglamentarios, es conveniente proceder a tal efecto.

Por ello,

**El Secretario Ejecutivo
del Centro de Formación Judicial
DISPONE**

1º) Otorgar primer premio del eje "Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas", a la obra *Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo*, presentado bajo el seudónimo **Bebakro**, de autoría de **LOWENROSEN, Flavio Ismael**.

2º) Otorgar tercer premio del eje "Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas", a la obra *Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361*, presentado bajo el seudónimo **Favor consumatore**, de autoría de **ALICIARDI, María Belén**.

3º) Declarar que el aspirante nominado para el segundo premio, que el Jurado ha recomendado en base a la obra "Organización, fines, necesidades, y usuarios", no reúne los requisitos exigidos para participar en el concurso. Autorizar en forma excepcional la publicación de su trabajo.

4º) Declarar desierto el primero, el segundo y el tercer premio del eje "Derecho de los pacientes".

5º) Otorgar mención honorífica del eje "Derecho de los pacientes", al trabajo *El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud*, presentado bajo el seudónimo **Sócrates**, de autoría de **SABA, Paula Andrea** y **TEMPONI, Pablo Ariel**.

6º) Regístrese, comuníquese al Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, al Consejo de la Magistratura y a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los/as nominados/as, publíquese en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y oportunamente archívese.

DISPOSICION SE-CFJ N° 002/11

Dr. Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro de Formación Judicial

Buenos Aires, 4 de abril de 2011

VISTO:

El dictamen del jurado del Premio Formación Judicial en el eje "Derechos de los Pacientes" obrante a fs. 0016 y 0017; el acta de apertura de sobres del mismo eje obrante a fs. 0031 y 0032, ambos del Expte. "C.F.J. s/ Premio Formación Judicial 2010 – Expediente C.F.J.-180/10-0" y la Disp. SE-CFJ N° 02/11, y

CONSIDERANDO:

Que en la referida Acta de apertura de sobres, por un error involuntario se consigno desierto el tercer premio del eje "Derechos de los Pacientes", y se otorgó la mención honorífica al trabajo *El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud*, presentado bajo el seudónimo Sócrates, de autoría de Paula Andrea Saba y Pablo Ariel Temponi.

Que teniendo en cuenta el referido dictamen del jurado correspondía que el trabajo referenciado supra, recibiera el 3° premio.

Que en consecuencia corresponde dictar el acto administrativo pertinente a los efectos de enmendar el error en el que se incurrió.

Por ello,

**El Secretario Ejecutivo
del Centro de Formación Judicial
DISPONE**

1º) Sustitúyese el Art. 5º de la Disp. SE-CFJ N° 02/11 por el siguiente texto: "Otorgar el tercer premio del eje "Derecho de los pacientes" al trabajo *El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud*, presentado bajo el seudónimo Sócrates, de autoría de SABA, Paula Andrea y TEMPONI, Pablo Ariel".

2º) Regístrese, comuníquese al Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, al Consejo de la Magistratura y a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los/as nominados/as, publíquese en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y oportunamente archívese.

Dr. Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro de Formación Judicial

Eje Temático

Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
El régimen de coparticipación y otras transferencias federales.
Nuevos recursos locales

1er. Premio

Desierto

2do. Premio

Desierto

3er. Premio

Desierto

Mención honorífica

“Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas”
Aníbal Oscar Berteá*

* Este trabajo no se publica por solicitud expresa del autor



Eje Temático

Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda

1er. Premio

“Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de Derechos Humanos”

Liliana Beatriz Costante

2do. Premio

“Vivir y dejar vivir. Una aproximación jurídica al derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires”

Enzo Finocchiaro

3er. Premio

“La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad. El art. 335 del CPPCABA como un avance del poder punitivo del Estado sobre los conflictos sociales”

Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman

Mención honorífica

“Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA”

Juan Carlos Riccardini



Liliana Beatriz Costante

Problemáticas en torno al derecho
a la vivienda desde el sistema
de Derechos Humanos

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

1er. Premio

Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de Derechos Humanos*

Liliana Beatriz Costante**

I. INTRODUCCIÓN

Las premisas de que partimos no tienen nada de arbitrario, no son ninguna clase de dogmas, sino premisas reales, de las que sólo es posible abstraerse en la imaginación.

Karl Marx, *La ideología alemana*

En el siglo XXI, el desarrollo en materia de DDHH es motivo más que suficiente para comprender que el sistema jurídico no se reduce a la coactividad de sus normas sancionatorias. La reforma constitucional de 1994 –y, a su amparo, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1996– integraron instrumentos internacionales referidos a DDHH¹ y,

aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad donde se les concibe no sólo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, (...) líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal" (Ferreira, 2010:2).²

Ese es el orden de ideas con el que desarrollaremos la temática de este trabajo, tomando el derecho a la vivienda en su dimensión hoy reconocida por la norma de mayor rango en el orden jurídico: la de derecho humano, cuya concreción –que se verifica en forma profundamente deficitaria–³ incumbe al Estado a través de sus órganos con funciones de poder.

* Trabajo ganador del 1er Premio Formación Judicial 2010, en el eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda".

** El seudónimo utilizado fue "Omara Flores".

1. Art. 75, inc. 22 CN y art.10 CCABA. Cabe señalar que, con relación a las normativas internacionales incorporadas en el art. 75, inc. 22, el derecho humano a la vivienda aparece particular pero no exclusivamente– en el PIDESC (art. 11.1) y en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Com/DESC) siendo éste el órgano de interpretación autorizado del Pacto en el plano internacional tal como lo reconoció la CS en sentencia del 21/09/2004 in re Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. De su labor respecto al derecho a la vivienda no puede soslayarse la Observación General N° 7 (Obs. Gral. 7) que guarda conexidad con la Obs. Gral. 4 del mismo Comité. Abundando lo expuesto hasta el presente, la literalidad normativa de los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional que han consagrado expresamente el derecho a la vivienda: la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial (...) la vivienda"; el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la vivienda", los arts. 8°, 22° y 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los arts. 3°, 4° y ccs. de la Declaración sobre Derechos del Niño; también la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establecen similares previsiones. En el ámbito local, encontramos receptado el derecho de marras, en la extensión referida, en los arts. 17, 18, 20 y 31 CCABA.

2. El autor se refiere a la categoría de líneas de acción señalada por Alf Ross.

3. Ya en 1994, el Com/DESC había manifestado su honda preocupación por el número considerable de ocupaciones ilegales de edificios sobre todo en Buenos Aires, y las condiciones en que se llevaban a cabo los desalojos correspondientes, lo que fuera reiterado en 1999 (Cf. Gialdino, 2010). La actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (observaciones generales y observaciones finales) integra las condiciones de vigencia del PIDESC (art. 16 y ss. del Pacto) señaladas por el art. 75, inc. 22 CN. Las observaciones referidas en el texto son: OF al segundo

Desde ese centro adelantamos que la problemática central que hoy suscita el sistema de DDHH es el de su concreción. Lo que importa la toma de decisiones políticas que la prioricen frente a: 1. situaciones de progresiva precarización y marginalidad de vastos sectores sociales que datan de largo tiempo y que también necesitan de un tiempo para su reversión⁴; 2. una conciencia social infisionada de justificaciones que resisten el cambio de paradigma, a pesar de la legitimación jurídica. Ese cambio fundamental –del que da cuenta la norma– implica la erradicación de la desigualdad real –dentro de la cual está la pobreza en cualquiera de sus manifestaciones– sustentado esto en que los empobrecidos, marginados y excluidos de hoy, lo son por haber sido desapoderados de sus derechos en el pasado –sea cual fuere la justificación pretendida al respecto. El consenso logrado hacia un paradigma restrictivo –sino opuesto– limita la asimilación y correcta metabolización del nuevo sistema. Esto se proyecta en el cuerpo societario y en el producto del sistema de representación política. Allí se verifica, entonces, un núcleo conflictivo que refiere a las posibilidades de concretar el proyecto igualitario contenido en la norma dentro del marco de las relaciones de fuerza en el sistema socio-económico vigente, poniéndose en crisis la tipicidad jurídica de situaciones de hecho. Se dijo al respecto:

El panorama universal en sus múltiples campos incita a detectar injusticias, deserciones, exclusiones y malestar. Si la dignidad personal hace de eje, tiene que proyectarse a todos esos campos, según cada situación y circunstancia, sean las que guardan proximidad con nosotros, sean las que nos resultan lejanas. (...) ¿Sirve la democracia como rótulo para encubrir injusticia y desigualdades?" (Bidart Campos, 1997).

No nos es ajeno ni desconocido el estudio de las tensiones y contradicciones internas que supone realizar el ideal de justicia con un sistema jurídico que atiende funcionalmente la reproducción del capital, no obstante las brechas que se fueron abriendo, a las que los teóricos sumaron su aporte dentro del marco referencial del *garantismo* como "instrumento propio del Estado Social de Derecho que define la sinceridad de lo que proclama a partir de continuos tests de eficacia a demostrar" (Cornaglia, 2010:628)⁵. Problemática cuyo abordaje excede el marco de este trabajo pero que corresponde ser planteada, como inescindible condición para hacer –de aquel– una pieza con coherencia académica.

Desde ese centro abordaremos las situaciones no pacíficas en tono al goce del derecho a la vivienda: tanto su accesibilidad como las de las condiciones que hacen su habitabilidad, las conductas que perturban su uso y goce y aquellas que son tipificables como delito, dando cuenta de los remedios procesales viables que pueden esgrimir los damnificados o los sujetos pasivos en cada caso y la doctrina y jurisprudencia sobre el tema.

II. LA VIVIENDA EN EL DESARROLLO DE LA ESPECIE *HOMO* Y COMO PRODUCTO DE LAS LUCHAS POR EL PODER ECONÓMICO Y POLÍTICO EN LA ARGENTINA

informe periódico de Argentina, 8-12-1994, C/C.12/1994/14, párrs.15 y 17 y OF al segundo informe periódico de la Argentina, 1999, E/C.12/1/Add.38, 8-12-1999, párrs. 20, 21, 27, 35 y 36. Cf. Texto completo en CS Investigaciones, n° 3, 1999, ps. 758/761.

4. Los primeros debates parlamentarios nacionales sobre el tema habitacional datan de 1915.

5. Así, el *garantismo penal* (Ferrajoli, 1995) y la recepción de esa tendencia en el constitucionalismo social y en lo que hoy se denominan *neoconstitucionalismos* (Carbonell, 2003) entre cuyas características salientes se ha sostenido: a) la supremacía de la constitución sobre todo el ordenamiento jurídico; b) el control jurisdiccional de los derechos fundamentales; c) la sobreinterpretación de la Constitución; en otros términos, el reconocimiento de los derechos implícitos; d) la fuerza normativa de la Constitución, concebida como norma y no como principio de interpretación; dicho de otro modo la operatividad y aplicabilidad de sus normas (Cf. Gelli, 2007:69).

Desde los albores de la humanidad, la necesidad de guarida y resguardo que asegurara la subsistencia siguió el desarrollo de la especie *Homo* según la modalidad de recursos disponibles adaptados al tipo de vida de cada grupo según la etapa evolutiva en la que se encontraran⁶. Con el surgimiento de la sociedad política, las diferencias de clase se proyectaron también a los estándares referidos a la vivienda de los seres humanos. El acceso a aquella y la posibilidad de su uso pacífico siguió el derrotero de la lucha por la dominación de unos sobre otros –según las distintas justificaciones que a ésta se le diera– en el modo de producción habido. Con el desarrollo del sistema capitalista, la vivienda también fue impactada por el progreso cada vez más vertiginoso de aquél, las fluctuaciones del mercado según las instancias de acumulación de capital y la creciente insuficiencia de tierra disponible dentro de los ejidos urbanos. Así mutó –según las épocas– desde “el sueño de la vivienda propia” a “el problema de la vivienda”.

En nuestro país, la conformación del Estado-nación tuvo –en la usurpación de tierras a pobladores originarios– la base real de sustentación de la nueva configuración política. La exitosa ruptura frente a la corona española mantuvo las potestades legitimadas por los “justos títulos” del sistema colonial por el que ya se habían desposeído de tierras y vivienda a millones de personas. Este latrocinio originario se sostuvo en el tiempo con el derecho y con las armas al servicio de las ideas dominantes de época, por las que se avanzó –según discurso que dio a los soldados el Gral. Roca a comienzos de las operaciones–.⁷ Las personas y pueblos sobrevivientes al exterminio y desposeídos de sus posesiones, para el tema que nos ocupa, fueron secuestrados y reinstalados en territorios donde era menester usarlos –en servidumbre o esclavitud–, a tenor de la expectativa de cambio de modelo productivo y a pesar de que las ideas de “Libertad, Igualdad y Fraternidad” de la Revolución Francesa tenían un siglo de vigencia literaria receptada por el inicial texto constitucional. Esas descolocaciones sociales –económicas, materiales y culturales– implicaron la conformación de asentamientos precarios para los vencidos, según la imposición venida de tal circunstancia.

A comienzos del siglo XX, el derecho constitucional liberal de época –de cuyo derecho de propiedad fuera interpretado doctrinariamente como “cláusula pétrea”– morigeró su ideología excluyente de carácter identitario a manos tanto de señera jurisprudencia de la CSJN⁸ como de una legislación conteste producida mayoritariamente al tiempo del modelo

6. Sólo como ejemplo, las diferencias entre la vivienda de grupos nómadas como los Selk nam y los que ya estaban en la etapa alfarera. Inclusive entre grupos del mismo estado evolutivo. Ver Sonderegger (2006); Schobinger y Gradín (1985).

7. Cfr. Bayer, Campione, López, Mazzeo, Sartelli y GRUPO DE ARTE CALLEJERO (2006), en particular los trabajos de Bayer y de Sartelli. Igual sentido tuvo la llamada conquista del Chaco a manos del Gral. Capdevila. Se verifica la vigencia en el tiempo tanto la ideología que justifica la desposesión del lugar de vida de los pueblos originarios y de otros seres humanos– en una concepción de tipo darwiniana o en que aquella resulta indispensable para la generación de riqueza (Cf. Otro párrafo del mismo discurso, en p. 109 in fine de la obra citada). Sarmiento increpó la extrema inequidad de la distribución de las tierras conquistadas por Roca. Pero del genocidio o la desappropriación previa, no dijo nada (Peña, 1970). En la actualidad, a pesar del art. 75, incs. 17 y 22 CN o, justamente porque ellos existen– parte de la doctrina remite la firmeza de los gobernantes de ese tiempo que llegó a la gran ofensiva final iniciada en 1879, a amenaza permanente [de las tribus indias] sobre las poblaciones del sur y oeste de la provincia de Buenos Aires (Casás, 2010:3).

8. En un cambio rotundo del método interpretativo estático (CSJN in re Méndez c. Valdez) la CSJN pasó al método dinámico (Ercolano, Fallos 136:161 -1922-) ratificando tal criterio a posteriori en sucesivos decisorios. Así, en Avico c. de la Pesa (Fallos T. 172 p. 21) de 1934, señaló que los derechos individuales de contenido económico pueden ser objeto de restricciones tan intensas como lo requiera el interés público, cuando medién circunstancias excepcionales encuadrables dentro del concepto de status necessitatis. Para el tema que nos ocupa, el tribunal cimero convalidó allí la prórroga legal de contratos hipotecarios y la reducción también legal de los intereses pactados. También las leyes represivas del agio y la especulación (Fallos 200:450 y 201:71), el impuesto provincial al latifundio (Fallos 171:390), las leyes que prorrogaron contratos de locación y congelaban o reducían los alquileres (Fallos 204:359). En (Fallos 208:430) in re Inocencio Castellanos de 1947, señaló en forma rectora: El derecho de propiedad es inviolable en tanto y en cuanto su ejercicio no obste al bien común, fundamento de todo derecho individual y por ende anterior y superior a ellos. En Fallos 264:416 in re Fernández Orquín de 1966 la Corte reafirmó que el método debe ser dinámico,

conocido como "Estado de Bienestar" y "Estado de Bienestar Keynesiano" – que tuvo en el populismo, "su expresión 'folklorica' o específica en la Argentina" (Rajland, 2008:165) a tenor de la particulares condiciones con que se configuró el llamado "pacto".

La ampliación poblacional, a partir del aporte inmigratorio y de la migración interna por necesidades de subsistencia y de producción, había incrementado la extensión de viviendas en condiciones deficitarias.⁹ Los derechos sociales consagrados por CN de 1949 fueron resumidos en un solo artículo en la reforma de 1957 lograda por el poder de turno. Es el art 14 bis CN, que reconoce el derecho social a una "vivienda digna". Las modalidades de protección para su accesibilidad y su posterior uso y goce, pueden rastrearse en la legislación y –más precisamente– en los debates parlamentarios que dan cuenta de los conflictos reales en ciernes¹⁰.

Justificada teóricamente la desigualdad real durante siglos, su producto –a escala planetaria– hoy tiene un correlato de reivindicación, al menos normativa, a un interrogante tan profundo como coherente: "¿Qué sentido tiene la protección de la vida privada y familiar, y la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, respecto de quienes se ven compelidos a vivir en los umbrales de los edificios, en las plazas públicas?" (Giadino, 2000:800).

III. PROBLEMÁTICAS QUE HACEN A LA CONCRECIÓN DE LA "VIVIENDA" SEGÚN LOS CONTENIDOS Y PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN LAS NORMATIVAS VIGENTES CONFORME AL SISTEMA INTERNACIONAL DE DDHH

3.1. DE LOS CARACTERES QUE LE DAN CONTENIDO AL CONCEPTO "VIVIENDA"

3.1.1. De la instrumentalidad

La vivienda es un derecho instrumental para la concreción de los otros derechos de la persona. Así lo expone la Obs gral 4:

En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Y así debe ser por lo menos por dos razones:

– El derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente

el otro el estático- dificulta la ordenada marcha y el adecuado progreso de la comunidad y que el excesivo apego al tradicionalismo jurídico es uno de los más serios obstáculos al éxito de la promoción económica y de la justicia social. Para Oyhanarte, la interpretación dinámica conduce, de manera tan insensible como ineludible a la mutación constitucional (Oyhanarte, 1969:20 y ss).

9. En la Ciudad de Buenos Aires, las primeras villas de emergencia datan de 1930. Con anterioridad a tal fecha, la inmigración tenía su primer asiento en el Hotel de Inmigrantes y su derivación posterior en inquilinatos conocidos como Conventillos. Muchos de ellos, surgidos a partir de inmuebles que habían sido abandonados por familias pudientes que habían huido de la Ciudad en tiempos de la fiebre amarilla. La paga de la renta como la de los impuestos no daba mayores seguridades en la posesión, atento la inexistencia de formas legales o con la suscripción de contratos con cláusulas leoninas o abusivas.

10. Véase, por ejemplo, el debate parlamentario que diera por resultado la sanción de la ley 24.454 de extenso tratamiento en las Cámaras de Diputados y Senadores, donde no faltaron comparaciones entre las leyes antes mencionadas [los autores se refieren a la 21.338 que, en consonancia con la 17.567 incorporaba la clandestinidad como elemento configurativo del delito de usurpación), destacando los errores cometidos al sancionar la ley 23.077 dejando fuera de la Usurpación a la clandestinidad y las amenazas, (...) (Berger y Luque Videla, 2006:23).

que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.

- La referencia que figura en el párrafo 1 del art 11 (PIDESC) no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de "vivienda adecuada" significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable (Obs gral 4, punto 7, de 1991).

Es de hacer notar que el derecho constitucional a una vivienda no pasa por el derecho a adquirir la propiedad de ella –o, por lo menos, sólo a eso¹¹–, sino al de vivir en un espacio físico por cuya calidad el ser humano encuentre la seguridad, la paz y la dignidad que necesita para realizarse como tal dentro de su proyecto de vida personal, o familiar o comunitario¹². En ese sentido,

los Estados asumen el compromiso de satisfacerlos (a los derechos reconocidos en el PIDESC) "hasta el máximo de los recursos disponibles" y, si esto es así, la realización de tales derechos representa una prioridad jurídicamente definida cuyo desconocimiento en la práctica es ilegítimo. (...) se trata de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad (Nikken, 1987:181).

3.1.2. De la exigencia de plena efectividad

Lo dicho se une –como punto distintivo– en la exigencia de plena efectividad. El reconocimiento que hacen los Estados, entonces, es que los derechos lo son sólo si se ejercen efectivamente¹³, lo cual nos remite a la operatividad de las normas de marras¹⁴. De allí que resulte constitutivo del nuevo paradigma el principio de progresividad o de progresiva efectividad en materia de DDHH –que importa la prohibición de no regresividad. En ese orden de cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó la regla interpretativa¹⁵ en cuanto a que la exigibilidad es no sólo de normatividad adoptada por el Estado de consuno con la Convención, sino de "contenido real" de los derechos reconocidos normativamente¹⁶. En ese sentido, también, la Obs. gral. n° 3 cuando señala que:

Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto (Ptos. 1° y 2°)¹⁷.

11. Cf. CSJN in re Sánchez, Claudia (L.L. 2003-D-484)-

12. Esto último, en referencia particular a los grupos comprendidos por el art. 75, inc. 17 CN.

13. Cf. Declaración Universal –en su art. 28.

14. En interpretación contraria, respecto al art. 14bis CN, Fayt cuando dice: "todos los derechos contenidos en la norma son de carácter programático, dado que requieren para su ejercicio una reglamentación previa, tal como surge del propio texto de la norma" (Fayt, 2007:11).

15. OC-5/85 del 13/11/1985, párrafo 52.

16. *Ibidem*, párrafo 67.

17. Cf. Obs. gral. N° 14, pto 30; principios 25° y 72° de los principios de Limburg y Directrices de Maastricht, de enero de 1997, ptos. 8 y 9. Este último señala "incurre en *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad".

Así lo entendió la CSJN, señalándolo con particular fuerza en “Fallos” 328:1602 in re “Sánchez, María del Carmen” –sentencia del 17/05/2005.¹⁸

Las normas de DDHH no pueden borrar el peso del pasado que

pone de relieve las condiciones en que deben arrastrar su existencia algunos de los miembros de nuestra sociedad cada vez menos igualitaria. (...). Tras la exigencia básica dirigida al poder administrador para que provea una vivienda, se van desgranando las condiciones primarias de la garantía existencial alimentaria y de la salud, que el poder judicial requiere del administrador, como eficaz proceder para la subsistencia de quienes, en esta sociedad individualista y de consumo, no están en condiciones de supervivir más allá de los que da la limosna o el delito (Cornaglia, 2010:628).¹⁹

3.2. DE LA RELACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA CON LOS OTROS DERECHOS, TORNADA EN PROBLEMÁTICA PARA EL CUERPO SOCIAL Y EN CUANTO A LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS AL RESPECTO

3.2.1. De la relación entre derechos

Resulta harto sencillo entender la relación de la vivienda con el resto de derechos económicos, sociales y culturales –como así también con los civiles y políticos– en términos de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos.²⁰ La base de esta comprensión la marca la experiencia concreta –que hoy es reconocida por la norma.

3.2.1.1. De la relación con el derecho a la vida

No hay posibilidad de negar esta relación. Así, se ha señalado que el derecho a la vida “se descompone en cuatro elementos esenciales, a saber: a) el derecho a la alimentación adecuada; b) el derecho a contar con agua potable; c) el derecho a la vivienda; y d) el derecho a la salud” (Bengoa, 2002:3-4).²¹ Habiéndose reconocido que la salud es un estado bio-psico-social de mayor amplitud y profundidad de requerimientos que la mera ausencia de enfermedad (cf. Mackinson, 1997:81 y 106), su relación con las condiciones materiales que hacen a la vivienda no parece necesitar mayor abundamiento, por lo menos en el nivel de conocimientos requeridos para desarrollar el presente trabajo y mucho más para quienes serán juzgadores del mismo.

3.2.1.2. Con relación al derecho a la privacidad y al de autonomía personal

De igual manera, se verifica una relación directa entre el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud y a la vivienda con el derecho a la autonomía personal y éste, a su vez, con

18. LA LEY, 2005-C,432. En un impecable trabajo de doctrina, Carnota (2007:37) da cuenta de posiciones en contrario y pone de relieve la diferencia que aún divide a la doctrina: la progresividad, ¿pauta normativa o tan sólo descriptiva o fenomenológica del derecho internacional de los derechos humanos? De excelente fundamentación respecto a la primera opción, la obra de Courtis y Abramovich (2002).

19. Nota a fallo SC Buenos Aires in re P., C. I. y otro c/Pcia. De Buenos Aires, sentencia del 14/06/2010. La Corte condena a la Pcia. de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que provean en un plazo no mayor de 60 días de una vivienda adecuada a la familia constituida por una pareja y su hijo menor de edad en situación de grave vulnerabilidad por su discapacidad, y a incluir a los mismos en un régimen de subsidio mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital (del fallo, tomado del voto del juez de Lazzari).

20. Cf. Declaración y Programa de Acción de Viena, párrafo 5, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 14 al 25/06/1993; Opinión Consultiva OC-4/84.Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párrafo 3; Principios de Limburg sobre la aplicación del PIDESC –principio 3º-, 1986.

21. Bengoa, José Coordinador del Grupo Ad Hoc-, Pobreza y Derechos Humanos. Programa de Trabajo del Grupo Ad Hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una Declaración Internacional sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, E/CN,4/sub.2/2002/15, del 25/06/2002, pp. 3 y 4 párrafos 4, 15 y ss.)

el derecho a la privacidad (art. 19 CN)²². Se ha sostenido correctamente que

el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...), la libertad de acceso a recursos materiales (Nino, 1992:167).

En ese sentido se manifestó la CSJN en el precedente "Benghalensis" (Fallos, 323:1339), haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación.

3.2.1.3. Con el derecho a la inclusión social

No hay forma de escindir –en las actuales condiciones del avance doctrinario, normativo y jurisprudencial en la materia– el derecho a la vivienda de derecho a la inclusión social²³. La pauperización creciente de vastos sectores de la población no puede serles imputada tanto como únicos responsables de encontrarse en tal condición como por no haberla resuelto favorablemente por sus propios medios cuando el carácter deficitario de éstos es justamente lo que provoca la mayor vulnerabilidad.

3.2.1.4. Con relación a los derechos civiles y políticos

La eticidad del paradigma del sistema de DDHH provoca una revolución copernicana al poner en su correcta apreciación ese inescindible vínculo, tal como ya fuera señalado en la Proclamación de Teherán al declarar que "como los derechos humanos son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".²⁴ Tal criterio es correctamente sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay OEA/ser.C.V/II. 110. Doc. 52, 9.3.2001, capítulo V, Introducción, Pto. 4°, que señala:

con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. (...) Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos. En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles

22. CCATCABA, –Sala I– in re Mansilla, María Mercedes c/GCBA sobre amparo art. 14 CCABA–, exp 13817/0 sentencia de /08/2006, citando otros precedentes). Allí, el voto del juez Corti señala que el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme artículo 19 de la Constitución Nacional). Cf. en sentido concordante, de esa Sala I: Pérez, Víctor Gustavo y otros c/GCBA s/ Amparo Exp. 2069, J.2 S.3 del 16/11/01; Benítez, María Romilda y otros c/ GCBA. s/ Medida Cautelar Exp. 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/0; Lazzari, Sandra I. c/OSBA s/otros procesos incidentales, Exp n° 4452/1; Asoc. Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo [art. 14 CCABA exp 20898/0 con sentencia del 18/07/2007].

23. De indudable interés por el debate que propone es el trabajo de Mario Elffman (2007) sobre una perspectiva de derecho de la inclusión social que Costante (2010:443) integra a su obra.

24. En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán el 13/05/68, con el objetivo de examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, verificados los límites de su concreción. En esa misma línea la Opinión Consultiva OC-17 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño –28/08/2002– del Juez de la CIDH Sergio García Ramírez en su voto concurrente). Cf. Pinto (2008) y Costante (2009).

y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema.²⁵

3.2.1.5. El derecho a la vivienda, ¿es un derecho individual o social?

Hay una íntima relación entre las categorías de derechos individuales y sociales. Es así que existen derechos que –más allá de su inclusión doctrinaria en cualquier categoría– deben ser reconocidos como derechos subjetivos (por su profunda vinculación con el derecho a la vida, a la dignidad y a la autonomía individual) al tiempo que constituyen derechos sociales que exigen del estado la adopción de medidas efectivas para su concreción. La CSJN ha adoptado tal criterio hermenéutico en “Vizzoti”, en clara sintonía con el principio *in dubio pro justitia socialis* que explicitó en el caso “Bercaitz” (Fallos 289:430), cuando señala la relación del todo social con el ser humano en particular que lo integra. Esa relación de integración y contención entre el todo y una parte es descripta en el mencionado fallo de la siguiente manera:

Y como esta Corte lo ha declarado, “el objetivo preeminente” de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el “bienestar general” (Fallos 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de los miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Este es el principio *in dubio pro justitia socialis* del que nos abocaremos en el ítem sobre hermenéutica jurídica.

Señala la doctrina especializada en la materia que, bajo el rótulo de “derechos sociales” se hace mención a “las exigencias que se desprenden del principio de igualdad a través de normas que exigen la gestión del estado en el orden económico y social y en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar, tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad”. Las afectaciones a derechos económicos, sociales y culturales constituyen, en general, violaciones a derechos individuales que requieren un remedio colectivo²⁶, o en su caso, violaciones a derechos colectivos que, obviamente, también requieren un remedio colectivo. Así, acordamos *prima facie* con la doctrina que sostiene que, ya sea por la indivisibilidad del remedio o por razones de escala²⁷, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales requieren, en general, de remedios necesariamente colectivos. No obstante lo dicho, es relevante advertir –para disipar cualquier desinterpretación que malogre el objetivo último que lleve a un error de concepto– que con relación a tales derechos y más allá de su denominación como “sociales”,

su titularidad no es privativa solamente de los grupos sociales –no se trata exclusivamente de derechos de incidencia colectiva– sino que corresponde también a los individuos, para que no se marginen del bien colectivo. Deben ser respetados por todos los sectores del ordenamiento jurídico,

25. Sobre esto último, ver Gargarella (2009). En línea con el Tercer Informe aludido, cf. la sentencia de la CIDH en los autos Villagrán Morales y otros (19/11/99), voto concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.

26. Señala COURTIS que: este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la intercomunicabilidad de resultados de la decisión judicial adoptada. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual, de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda a otros en la misma situación (Courtis, 2006:5).

27. Por indivisibilidad del remedio se hace referencia a aquellas medidas que, por no permitir su distribución en partes, benefician colectivamente a un grupo. Por razones de escala, se entiende la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de la afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva (Courtis, 2006:6).

tanto público como privado, de manera que pasivamente resultan también exigibles a terceros, en ciertas condiciones (Christe, 2004:626).

3.2.2. Del tipo de decisiones políticas que hacen a la operatividad del derecho a la vivienda

3.2.2.1. Políticas universales vs. focalizadas

La problemática fundamental para la toma de decisiones políticas en el tema en trato no consiste sólo en reconocer que hay ciertos grupos o sectores sociales que tienen necesidades básicas insatisfechas –diagnóstico que resulta, en términos jurídicos, “de público y notorio”–, sino en el de reconocerlos como sujetos titulares del “derecho a tener derechos” (Bobbio, 1991) que están legitimados constitucionalmente al reclamo de concreción de la manda incumplida o insatisfecha, y –por ende– también al de todas aquellos mecanismos de tutela, garantía y salvaguarda que aquella implica. Por el contrario, los programas sociales focalizados se caracterizan por “definir a priori una población objetivo o meta, en donde establecía como ‘título de derecho’ (entitlement) para acceder a una prestación social, la condición de pobre bajo alguna situación de vulnerabilidad” (Pautassi, 2009:193). Los caracteres del derecho en trato referidos supra, hacen que su materialización –que incluye la provisión de un entramado legal que dé seguridad jurídica al uso y goce en plenitud de su ejercicio– necesite de políticas inclusivas articuladas, concretas y universales que sean muestra real que el Estado –a través de sus órganos con funciones de poder– otorguen “la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial”²⁸. Esto, por ende, no se agota con políticas focalizadas o prácticas asistencialistas²⁹ –por más prolongadas que fueran en el tiempo–, atento que el objetivo explicitado por el Convencional Constituyente es la superación del estado deficitario a partir de la promoción de un continuo desarrollo de toda persona, en el cual pueda realizarse como “ser humano libre, liberado del temor y de la miseria”³⁰. En términos del art. 11, primer párrafo, del PIDESC: es el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

3.2.2.2. Decidir sobre la modalidad de asistencialismo

Las políticas asistencialistas –con ser un paliativo necesario– no sólo no agotan el objetivo expuesto. Antes bien, lo retrogradan, desvirtuando el carácter de “titular de derechos” de los sectores a cuyo amparo se comprometió el Estado frente a la ciudadanía para naturalizar su condición de “beneficiario” expectante. Esto impacta a la sociedad y, con más fuerza, en los sectores populares, proyectándose en la perpetuación de corruptelas, clientelismo y ruptura de lazos solidarios frente a legítimos reclamos de concreción del derecho fundamental estatuido, el que “no puede quedar sujeto a avatares presupuestarios”.³¹ Así, correctamente

28. Observación general (Obs. gral.) N°4 sobre el derecho a una vivienda adecuada adoptada el 12/12/1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (órgano de interpretación obligatoria del PIDESC).

29. Tales programas –muchas veces promovidos por instituciones financieras internacionales (IFIs)– pueden abarcar un amplio abanico de posibilidades. Pautassi brinda algunos ejemplos. En el ámbito de la CABA podemos mencionar el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, que depende del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, normado por el Decreto 690/06 (B.O.C.B.A. n° 2463).

30. PIDESC, segundo reconocimiento; Convención Americana sobre DDHH, preámbulo (cuarto párrafo que reitera lo reconocido en la declaración universal de los derechos humanos).

31. CSJN Fallos 323:1339, in re Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional- s/ amparo Ley 16.986, sentencia del 01/06/2000, Causa A.186 LXXXIV. En el mismo sentido Fallos 323:3229, considerando 16 y Fallos 324:3569, considerando 13.

se ha señalado³² que: "es claro que el modo en que concretamente corresponde asistir al actor es resorte exclusivo de la Administración. Sin embargo, ello no empece a que, frente a la omisión estatal, el Tribunal ordene la debida asistencia, con las exigencias normativas transcriptas (se refiere a los arts. 17 y 31 CCABA y art. 2° y 11 del PIDESC) sin por ello suplir las tareas propias del poder de ejecución". Resulta importante destacar que el mencionado fallo da cuenta de jurisprudencia reciente del TSJ que, en forma atinada, sostuvo que: "El Estado no puede adoptar por acción u omisión, conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar –lo que no ha ocurrido en estos autos– por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna. El recurrente [se refiere al GCABA] entiendo el derecho a la vivienda digna de modo tal que éste no implica que 'los individuos tienen derecho sine die a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional'. La expresión 'disfrutar' es poco afortunada ante personas carenciadas, que cabe imaginar preferirían ser autosuficientes y no requerir la ayuda del Estado. Tampoco se trata, como continúa la Procuración, de que el subsidio 'tenga carácter excepcional'. En un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio es regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (art. 31.1., CCABA). Cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de las prestaciones ya reconocidas. Entonces, si la vigencia del decreto ha cesado, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado. El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programa, que no pueden ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla" (cfrme. autos "Tolosa, Estela Carmen c/GCBA s/amparo [art. 14 CCABA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 9/8/06, voto de la jueza Ruiz). En el mismo sentido, el juez Maier supo expresar: "Yo estimo que la siguiente idea debería atraer el suficiente consenso: el programa, en el sentido de velar por un vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades; se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden lexicográfico, de prioridades para los gobernantes" (cfrme. Autos "González, Cornelia c/GCBA s/amparo [art. 14 CCABA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 5/3/08)".³³ El TSJ mantuvo, en los votos de la jueza Ruiz, a línea argumentativa de los fallos señalados. No así la jurisprudencia de voto mayoritario que resulta –entre sí– contradictoria. Lo dicho a tenor de que, en un caso, puede denegar el otorgamiento de un subsidio para cubrir los gastos de habitación a una persona de mediana edad, con problemas cardíacos, sin empleo fijo y en situación de calle –por haber caducado el subsidio previamente adjudicado– haciéndose eco de la imprevisión presupuestaria de la CABA como, en otro, convalida la vigencia de los artículos del decreto 690/06 –declarando la inconstitucionalidad del decreto 960/08 por su restrictividad regresiva.³⁴

El derecho a la vivienda, como todos los derechos, es susceptible de reglamentación,

32. CCAyT, CABA, Sala II, 27/04/2010, in re Balduvino, Carlos Alberto c. Ciudad de Buenos Aires en Suplemento LA LEY ADMINISTRATIVO, 22/06/2010, pp. 73-75.

33. CCAyT CABA, Sala II ibidem.

34. TSJ AQ, P. sentencia del 12/05/2010.

en la medida que ésta –en su faz legal o administrativa–, no lo altere. Tampoco puede ser el derecho a la vivienda alterado por las omisiones legales y administrativas de los poderes públicos, todo ello según el principio de razonabilidad, tal como es enunciado en el art. 28, CN y en el art. 10, CCBA.

3.2.2.3. Decidir sobre la distribución de los recursos disponibles acorde a la obligación asumida por el Estado. La ley de presupuesto

"Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo" (CS, Causa "Mignone, Emilio F.", del 9/04/2002).

Los recursos disponibles limitan la progresividad en el cumplimiento pleno de los compromisos emergentes del PIDES, entre los que está el de asegurar el acceso igualitario a una vivienda digna, adecuada, con las condiciones que aseguren el goce y ejercicio de tal derecho. Pero, si bien el párrafo 1 de art. 2 del mencionado instrumento obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga", para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (Cf. Obs. gral 3, ptos. 9 y 10). La disponibilidad de recursos "no es un acto completamente autónomo del político, sino que se inscribe dentro del prisma de la razonabilidad (art. 28 CN) y del programa que la propia Constitución construye, que fija las prioridades a que debe someterse la hacienda pública" (Carnotta, 2007:35). De allí que "la materia presupuestaria debe ser examinada observando puntualmente las disposiciones constitucionales o con idéntica jerarquía"³⁵.

Los intereses en juego para la distribución de los recursos señalan el conflicto de base. "El Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el quantum de recursos a criterio de su voluntad benévola, sino que está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a los derechos sociales" (Bidart Campos, 2002:1144). En ese sentido tiene dicho la CSJN en "Aquino" que

Es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de interés y expectativas (...) en términos que atiendan, equilibradamente, a todos los actores comprendidos en ese trance. (...) Empero, esto es así, bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales.

Por lo que el tribunal cimero colige correctamente –citando su propia jurisprudencia– que es "falsa y tiene que ser desechada la idea de que la 'prosperidad general' constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos" (CSJN, Aquino, Fallos 327:3753, 3773-2004 (LA LEY, 2004-F,95).

La ley de presupuesto no es "la ley de leyes" –descripción que sólo cabría para el bloque de constitucionalidad federal (CN e instrumentos internacionales en materia de DDHH), por el rango superior que ocupa en el sistema jurídico vigente. La ley de presupuesto es eso. Es una ley. Ni siquiera de rango supralegal. Es infraconstitucional. Y en tanto contravenga el lineamiento ideológico de lo estipulado por el Constituyente en los términos reseñados supra, merece la tacha de inconstitucionalidad³⁶ y su superación con el reproche judicial

35. CSJN, doctrina de Fallos 311:224.

36. Cf. art. 75, inc. 8 C.N. que impone una ley anual de presupuesto dirigida a financiar un gasto público redistributivo

correspondiente. Hacemos nuestra la advertencia de Gialdino en cuanto a que "Un derecho social bajo 'reserva de cofres llenos' equivale, en la práctica, a ninguna vinculación jurídica" (Gialdino, 2000:851).

La expectativa razonable de un cambio de criterio favorable al paradigma de los DDHH sobre el que fueron juridizados, tiene sustento en la cantidad de fallos –algunos de los cuales son citados en el presente trabajo– que visibilizan la tarea de los jueces en ese sentido³⁷.

La ley de presupuesto, como toda ley, puede tener efectos semejantes a las reglamentaciones de los derechos, de tal manera que podría "condicionar" su ejercicio en términos de desnaturalización o aniquilación de los derechos reconocidos normativamente. En fallo señero, la CSJN destaca:

Por otro lado, las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos).³⁸

Los mismos términos fueron retomados recientemente por la Corte en el caso "Verbitsky", con remisión expresa al caso "Badín" (ver considerando 28), constancia que revela que no se trata de una referencia circunstancial del más Alto Tribunal, sino de una doctrina ya consolidada desde precedentes como el de "Fallos" 302:1284, en el que la CSJN señaló como fundamental "evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de 'afianzar la justicia' enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional".³⁹

El criterio que pone a la ley de presupuesto como supraconstitucional ("ley de leyes", "megaley") resume el cortapisas ideológico de un modelo –además de regresivo– cínico. Decía Bidart Campos (1997): "Hace falta calar hondo para ver qué hay debajo de cada superficie plagada de iniquidades". Tal vez no haya que calar tan hondo.

Que los derechos reconocidos por la norma se efectivicen o queden como un elemento literario decorativo, es responsabilidad de los órganos que ejercen funciones de poder político. La problemática económica de su operatoria sólo cabe resolverse desde el ámbito de las decisiones políticas que, hasta el presente, no se verifican como unívocamente direccionadas –sumada esta tendencia al discurso legitimante de la falta de presupuesto o recursos disponibles. Coincidimos plenamente con que

y solidario en virtud del reenvío al tercer párrafo del inc. 2 del mismo artículo.

37. El derecho al techo forma parte del mínimo de derechos necesarios para la protección de la dignidad de la persona, por eso no sólo es un bien patrimonial, sino un derecho fundamental de la persona que hace a su dignidad y, como tal, debe ser garantizado. (Cf. JCorrec. Gtias. 5° Nom., Salta, 2009/06/01. Dra. N. B. en representación de A.M.A.) LL NOA 2009 (agosto), p.671, fallo 3225.

38. CSJN (Fallos: 318:2002) in re Rubén Badin, donde se demandaba al Estado por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incendio ocurrido en el penal de Olmos.

39. Saguir y Dib, Claudia Graciela, sentencia del 6/11/1980. Sobre esto se ha dicho: "la Corte no prescindió de las consecuencias naturales que podían derivarse de un fallo razonable y congruente con el sistema en que estaba engarzada la norma (sobre la ley 21.541 de Trasplante de órganos), ya que esas consecuencias, de apearse al texto legal, podían derivar en la pérdida de una vida humana. Como se advierte, ese fallo priorizó un derecho humano por sobre la normativa legal imperante" (Kesselman, 2010:1). El trabajo de Kesselman está en línea con la conclusión a la que arribó la XVI Conferencia Nacional de Abogados (2010) a partir de la ponencia que presentara la abogada Liliana Costante en la Comisión III del evento organizado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

El orden socio-económico que con mucha nitidez trae programada la Constitución reformada no admite convertirse en letra muerta a la que pueda esterilizar o dejar de lado un plan económico o la ley presupuestaria. Gustará o no gustará a muchos la tónica del constitucionalismo social que impregna a la constitución, pero está presente y todos le debemos acatamiento. También la economía (Bidart Campos y Carnotta, 1997:36).⁴⁰

En esos términos, en una sentencia superadora de "Chocobar" (fallos 319:3241), la CSJN –en su actual composición– dijo:

En otro orden de cosas, cabe destacar que si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), uno de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria. Semejante interpretación, seguida en el voto mayoritario del fallo "Chocobar", se encuentra expresamente vedada por la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 29.b) que impide aplicar la Convención en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".⁴¹

Los operadores del derecho sabemos de la mayor posibilidad de lucha en el plano jurídico cuando –como hoy– la norma de mayor rango interpela al Estado para que dé cumplimiento a los derechos por aquélla reconocidos. No es lo mismo que exista la obligación constitucional tuitiva, a que no exista. Más allá de ese logrado avance jurídico, el esfuerzo que importa su efectivización, no responde sólo a la defensa del orden constitucional vigente –que hoy lo ordena–, sino al de un criterio ético al que adherimos todos aquellos quienes –como quien suscribe el presente– pretendemos con él, responder en la práctica, al sentido de la vida desde esa episteme.

3.2.2.4. Decidir las bases sobre las que se formularán las soluciones procesales. ¿Desde la ficción o desde la realidad?

Las ficciones del derecho (Marí, 2002) lo conforman y estudiamos su necesidad de existencia en función a que hacen a la "seguridad jurídica". El sistema de DDHH las interpela desde una episteme por la que la igualdad (real) no es más importante que la libertad. "La igualdad es anterior y resulta condición necesaria de la libertad" (Costante, 2010:65). De allí que, para el tema en estudio, resulta una problemática nodal por la proyección que tendrán las respuestas procesales ya sea en el sostenimiento de las ficciones o en su anclaje en la realidad. Por la índole de este trabajo, sólo resumiré las viables⁴² dando cuenta de reglamentaciones restrictivas que ponen en descubierto la insinceridad del espíritu de quienes las propician, las sancionan o las aplican.

3.2.2.4.1. Soluciones procesales que hacen al reclamo del derecho en trato

– Acción de amparo⁴³ (individual o colectivo) con medida de cautelar suspensiva del

40. Cámara Nacional de la Seguridad Social, salla II, sentencia del 11/04/1997 in/ re Ciampagna, Rodolfo N. con nota a fallo de Germán J. Bidart Campos y Walter F. Carnotta Economicismo, Constitución y Seguridad Social, en Suplemento LA LEY de Derecho Constitucional, LA LEY, 17/07/1997, p. 36. Ver también: Bielsa (2007) y Lamuedra y D'Alessio (2005:526).

41. CSJN in re Sánchez (sentencia del 17/05/2005). Lo transcripto, de los votos de los jueces Argibay y Zaffaroni.

42. Obviamente, en términos de democracia sustantiva, señalamos como primordial la integración en partidos políticos, movimientos sociales, gremiales, organizaciones, que se movilicen y visibilicen la situación de carencia hasta que ésta entre en la agenda política, que ejerzan la presión necesaria para propiciar una determinada política o para oponerse a otra o para sostener aquella que satisfice sus derechos hasta ahora incumplidos.

43. Sobre admisibilidad de amparo en materia de derecho a la vivienda: JCorrec. Gtias. 5° Nom., Salta, 2009/06/01.

acto lesivo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 43 CN y 14 de la CCABA que amplía a "cualquier habitante" la legitimación activa para ejercer la acción contra alguna forma de discriminación o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos. El Ministerio Público de la Defensa hace denodados esfuerzos para la atención prioritaria de los *desaventajados*⁴⁴, con resultados disímiles –según la jurisprudencia de marras.

– Articulación de la nulidad de la norma inferior lesiva por inconstitucionalidad⁴⁵, o del recurso de inaplicabilidad de ley⁴⁶, agotando los medios recursivos.

3.2.2.4.2. Ejemplos de restricciones que tornan ilusoria la solución procesal

De tipo Legislativas:

- Establecer tiempo de prescripción para ingreso de la referida acción de amparo.
- Aprobar el presupuesto anual con previsión deficitaria para hacer frente a las situaciones que son materia de este trabajo mientras se desvían fondos para asegurar el pago de deudas con grupos económicos poderosos –nacionales o extranjeros. En esos términos, en pleno auge del neoliberalismo en la Argentina, la CSJN en 1996 –in re "Brunicardi"– advirtió que

Dra. N. B. en representación de A.M.A.) LL NOA 2009 (agosto), p.671, fallo 3225; (CContencioso Administrativo, La Plata, 2009/11/03. C., M. S. –Sup. Adm. 2010 (febrero), p. 34, fallo 114.199 (voto en minoría: rechazando la acción). 44. Utilizo el término en función a que pretendía citar la obra de Gargarella (1999) que lo refiere. Respetando la posición del mencionado autor, con el cual coincido mayoritariamente, se me impone señalar, no obstante, que el concepto no responde estrictamente al marco teórico de mi argumentación. Si entendemos por desaventajados a aquellos a quienes se les quitaron las ventajas que otrora tenían y que los igualaban al resto del grupo social, en esos términos, la obligación constitucional de igualdad real importará medidas a tomar por el ejecutivo, por el legislativo y por el judicial que den por resultado la reducción a cero de la brecha que los desventaja. La experiencia muestra que la posibilidad de que ese tipo de decisiones sean tomadas y ejecutadas, provocan la reacción contraria inmediata de aquellos grupos que fueron los que promovieron o lograron las ventajas sobre los primeros, como también la de aquellos que las retuvieron, y de aquellos otros que pretenden conservarlas, mantenerlas o incrementarlas. Menos apropiada aún resulta el término desfavorecidos. El significado: que no recibe o recibió, obtiene u obtuvo favor o favores remeda a una situación de sorteo (no ha salido favorecido. Siga jugando) cuya etiología y producto remiten, inclusive, a posible dádiva del poderoso de turno. Lo cual colisionada con la calidad de titular de derechos de toda persona. En esos términos y con relación a lo visto podría usarse desfavorecido para aquellos que no lograron ingresar a determinada política focalizada como tómbola arbitraria en la que no precisamente incide el azar para quien decide su modalidad de aplicación. En términos de construcción de soberanía social y democracia participativa, los hoy carentes del ejercicio de sus derechos, más que desfavorecidos son desempoderados muchos de los cuales han logrado reiniciar la toma de conciencia de su situación no deseada a la que fueran compelidos, para instrumentar estrategias para su reversión.

45. El TSJ CABA –en sentencia del 24/05/2010 por mayoría–, declaró inconstitucional los arts 2 y 4 del dec 960/08 por violentar el principio de progresividad, que incluye la prohibición de regresividad. La acción había sido promovida por la relación entre infancia, pobreza y déficit al apuntar que unas 400 mil personas viven en la pobreza en la ciudad y que en el 70 por ciento de los hogares pobres hay presencia de niños menores de 14 años y un cuarto de esos hogares no está en condiciones adecuadas. Rige hoy nuevamente el art. 10 del dec. 690/06 (*B.O.C.B.A. N° 2463*), de fecha 21/06/2006 el que, a su vez, había derogado al decreto 895/02 (*B.O.C.B.A N° 1503*) por el que se implementó una nueva modalidad de subsidio habitacional a familias en situación de calle definidas éstas como aquellas familias que se encuentran transitoriamente sin vivienda o refugio alguno por desalojo o por causas no originadas en fenómenos meteorológicos o hechos fortuitos. El decreto en vigencia amplía la cobertura del subsidio otorgado de modo tal que el mismo alcanza actualmente también a las personas solas, previendo asimismo la posibilidad de que la autoridad de aplicación otorgue una suma adicional en los casos particulares que, a criterio de aquella, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento motivara el otorgamiento del beneficio.

46. Como ejemplo, véase SCBA in re P., C.I y ot. c/Pcia. de Buenos Aires sentencia del 14/06/2010, llevado adelante por la representación oficial de pobres. Allí, la Asesora de Incapaces interpone Recurso de Inaplicabilidad de ley frente a un decisorio de Cámara que le era favorable –aunque no suficiente– a la actora. La SCBA hace lugar. Merece especial reconocimiento el voto del juez Hitters, por la doctrina que de él se desprende. Nótese que la SC condena a la Pcia. de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que coordinada y solidariamente provean en un plazo no mayor de 60 días de notificadas una vivienda adecuada a la familia (actora) y que, hasta tanto se dé cumplimiento a la aludida prestación, las demandadas deberán cubrir a su exclusivo costo y dentro de las 48 horas el alojamiento de los nombrados en un hotel o complejo habitacional similar que reúna las condiciones arriba explicitadas del fallo. Entre las condiciones que hacen a la vivienda adecuada está el de su ubicación, con cercanía al sitio donde realizan sus actividades.

el Estado podía hacer uso de la suspensión del pago de la deuda externa en caso de que esto impidiera la concreción de la deuda de orden nacional.

- Establecer límite en dinero para acceder al Recurso de Apelación o para el de Queja ante la CSJN.

- Establecer normativas que permitan al Tribunal Címero evitar conocer de determinadas causas bajo la justificación de que no revisten gravedad institucional o rechazar otras sobre cuestiones de derecho local. Nótese que para el caso de una sentencia del TSJ que rechaza el reclamo de la prestación de un plan asistencial por parte de la CABA, el tema sigue siendo entendido desde el ámbito local –por lo que el rechazo de la petición recursiva es casi inminente.

Por parte del Ejecutivo:

- Enviar proyecto de ley de presupuesto con partidas deficitarias o inexistentes para hacer frente a las necesidades básicas insatisfechas de vastos sectores de la población de nuestro país⁴⁷.

- Definir programas de acción que respondan a políticas focalizadas.

Por parte de los magistrados y funcionarios judiciales:

- Cerrar la llave de acceso al litigio judicial, rechazando la legitimación activa.

- Atenerse al fariseísmo de la ley, a formalismos o ritualismos inútiles, de los que la CSJN ya ha explicitado su rechazo.

- Reconocer las situaciones de hecho sobre el estado de necesidad o la mayor vulnerabilidad de una persona o grupo, y rechazar su petición en orden a la falta de previsión presupuestaria.

- Ajustar la sentencia a principios que –desajustados al caso– ponen en rigidez cadavérica la concreción de DDHH. Así, como cuando se esgrime que cualquier indicación a los órganos surgidos de la representación política, implicaría una intromisión en otro poder –lo que contraviene la mejor doctrina y jurisprudencia en la materia.

- Desconocer –en términos de "ignorancia" o de "rechazo"– las normativas en materia de DDHH, los principios que las rigen y las reglas de interpretación específicas para su correcta aplicación.

- No querer, saber o tener temor de aplicar la normativa vigente en materia de DDHH al caso concreto en estudio.

3.3. REGLAS HERMENÉUTICAS PARA LA CORRECTA INTERPRETACIÓN Y ACORDE APLICACIÓN DEL DERECHO

La CIDH ha manifestado que el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene normas específicas de interpretación, pues la redacción de la mencionada disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados en particular a aquellos previamente reconocidos por un Estado Parte o por otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (OC. 4/84 del 19/01/1984, serie A N° 4, párrafo 20).

47. Sobre el particular, las atinadas consideraciones de Corti en Bidart Campos y Risso (2005:111 y ss).

Conceptos como el de "pobreza extrema" o el de "vivienda mínima" o el de "máximo de recursos disponibles", señalados en instrumentos internacionales de DDHH ya referidos en el presente trabajo, pueden dar pie a manipulación tendenciosa de su significado con el fin de justificar las restricciones que el Estado provoque en el universo de personas a ser atendidas prioritariamente por aquél. La posibilidad de conformación de una sociedad democrática se nutre con el cumplimiento de rango superior en los productos surgidos tanto de los órganos políticos de la representación política como de los tribunales en cualquiera de las materias, competencias y jurisdicción, en tanto todos interpreten cabalmente las causas y consecuencias de los asuntos llevados a su conocimiento y resolución, desde la interpretación que de ellos hace el sistema de DDHH. Señalaremos sucintamente, entonces, las reglas hermenéuticas en la materia, a efectos de su correcta aplicación al caso.

3.3.1. La regla general de interpretación es la de buena fe

En palabras de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31.1). En ese sentido –para el tema que nos ocupa– cabe señalar que "el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su efecto útil".⁴⁸

3.3.2. El principio pro homine

Con relación a los tratados sobre derechos humanos, el criterio cardinal es el principio pro homine

en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 1997:163).⁴⁹

Así, lo dicho por la CSJN antes de la última reforma constitucional (Cf. "Fallos" 315:1492 in re "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", considerando 21)⁵⁰, cuando siguió la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7. Este criterio fue ratificado con posterioridad a la reforma constitucional en el caso "Giroldi". En el referido precedente también sostuvo que "en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad

48. Cfr. Albanese, Susana (1997:647). El efecto útiles en un giro que la autora toma de una sentencia de la Corte de La Haya en la que se establece que "las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deber ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil".

49. Entre los instrumentos internacionales que receptaron el principio de primacía de la cláusula pro homine podemos mencionar: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; el PIDCP, art. 5.2; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 5; la Convención Europea para la Prevención de la Tortura, art. 17; la Carta Social Europea, art. 32.

50. Fallos 315:1492 – sentencia del 7/07/1992-. Caso donde se debatía el alcance que corresponde asignar al derecho a réplica reconocido en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

internacional" (considerando 12).⁵¹

3.3.2.1. Que el derecho humano a la vivienda lo es, en la medida y de conformidad a las condiciones que se señalan como vivienda adecuada

Aquí, las condiciones de tal adecuación: 1. Disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deben tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, agua potable, energía para la cocina, calefacción y alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, almacenamiento de alimentos, eliminación de deshechos, drenaje y servicios de emergencia; 2. Gastos de vivienda soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deben ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados parte deben adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales; 3. Vivienda habitable. Una vivienda adecuada debe ser habitable. En otras palabras, debe ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros peligros para la salud, riesgos estructurales y vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes; 4. Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a centros de empleo, servicios de atención de salud, guarderías, escuelas y otros servicios sociales. La vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que pongan en peligro el derecho a la salud de los habitantes; 5. Adecuación cultural de la vivienda. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir una adecuada expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en esta esfera deben velar porque no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda. En ese sentido, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en su resolución 1991/26 instó a "todos los Estados a aplicar políticas efectivas y a adoptar leyes encaminadas a conseguir la realización del derecho a una vivienda adecuada para toda la población, concentrándose en las personas que en la actualidad carecen de hogar o están alojadas en viviendas inadecuadas"; la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas (1969)⁵², y la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos de las Naciones Unidas (1976), en la que se reconoce que "La vivienda y los servicios adecuados constituyen un derecho humano básico que impone a los gobiernos la obligación de asegurar su obtención por todos los habitantes, comenzando por la asistencia directa a las clases más destituidas mediante la orientación de programas de autoayuda y de acción comunitaria..."⁵³. De igual forma, recomendaciones de órganos de ONU que destacan la obligación de los Estados de atender a los sectores más vulnerables a fin de garantizar que toda persona pueda acceder a una vivienda digna⁵⁴.

51. CSJN, Simón, Julio Héctor y otros, sentencia del 17/06/2005, LA LEY 2005-D, 510.

52. En los objetivos de la Parte II y en el párrafo f) del artículo 10 de la Declaración sobre progreso y desarrollo en lo social (1969), proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV) de 11 de diciembre de 1969, se establece que "El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales siguientes: (...) f) La provisión a todos, y en particular a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de viviendas y servicios comunales satisfactorios".

53. Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (1976), aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos en 1976, párrafo 8 de la sección III y párrafo 3 de la sección A del capítulo II.

54. Ver Resolución 42/146 de la Asamblea General titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 7 de diciembre de 1987; Resolución 1987/62 del Consejo Económico y Social, titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 29 de mayo de 1987; Resolución 1986/36 de la Comisión de Derechos Humanos

3.3.2.2. Que se debe atender, como componente esencial del derecho a la vivienda, el ejercicio de su uso y goce

Es "la seguridad jurídica de la tenencia" de toda vivienda –sea adecuada o no lo sea. El marco de protección comprende, incluso, a las ocupaciones sin título o ilegales (Gialdino, 2010:824). En ese sentido, "esta tenencia debe entenderse en un sentido amplio, pues comprende 'el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra' (Obs. gral. 4, párr. 8.a; asimismo: Obs. gral. 7, párrs. 1 y 9). De allí que, un desalojo puede calificarse de forzoso "no sólo porque resulte compulsivo o contrario a la voluntad de los desalojados sino, fundamentalmente, cuando se produce en términos incompatibles con el riguroso régimen de protección que establece preceptivamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (v. Obs.gral. 4, párr. 18 y Obs. gral. 7, párrs 1 y 9)". (Gialdino, 2010:815). La mencionada rigurosidad en el tratamiento del tema responde a la comprensión de que: 1. la vivienda es un derecho instrumental para la realización de otros derechos fundamentales; 2. "la práctica del desalojo forzoso afecta 'en medida desproporcionada' a las mujeres, niños, jóvenes, ancianos, pueblos indígenas, minorías étnicas y de otro tipo (Obs. Gral. 7, párr. 10), al tiempo que 'tipifica la polarización entre los ricos y los pobres'" (Gialdino, 2010:814).⁵⁵ De allí que la solución legislativa o judicial de la turbación en el ejercicio del derecho real, también se vea atravesado por la norma tuitiva que integra el bloque de constitucionalidad federal. En esos términos, no es que se propicia la derogación de la figura contenida en los arts. 181 y 182 del Código Penal (Ley 24.454 BO 7/03/1995) ni las normativas del Código Procesal Civil y Comercial (arts. 679, 680 y la incorporación del 680 bis, o los arts. referidos al Interdicto de retener o al de recobrar). El cambio rotundo es escudriñar –el hecho y la aplicación del Derecho–, "desde otra mirada" (Courtis, 2009) que

impulse un nuevo mecanismo de intervención estatal que contempla tres dimensiones: i) una dimensión ética, que se basa en los principios plasmados en los derechos humanos de carácter vinculante; ii) una dimensión procesal, que consiste en mecanismos instituidos que facilitan el diálogo entre actores sociales y políticos y que permiten traducir los acuerdos logrados en instrumentos normativos y, a la vez, traducir estos instrumentos en políticas; y, finalmente, iii) una dimensión de contenidos relativos a la protección social, que oriente acciones concretas en los campos donde la población se sienta más desprotegida (Pautassi, 2009:193).

3.3.3. Principio in dubio pro justitia socialis

Como ya adelantáramos, la CSJN ha adoptado tal criterio hermenéutico en "Vizzoti", en clara sintonía con el principio in dubio pro justitia socialis que explicitó en el caso "Bercaitz" (Fallos 289:430).

titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 12 de marzo de 1986; Resolución 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 10 de marzo de 1987; Resolución 1988/24 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 7 de marzo de 1988; Resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada "Desalojamientos forzosos", aprobada el 10/03/1993; Resolución 14/6 de la Comisión de Asentamientos Humanos, titulada "El derecho humano a una vivienda adecuada", adoptada el 5/05/ 1993, Resolución 1991/12 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, titulada "Desalojamientos forzosos", aprobada el 28/08/1991; Resolución 1991/26 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, titulada "Fomento del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 29/08/1991.

55. El último encomillado simple corresponde al Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Millon Kothari, E/CN.4/2004/48, 8-3-2004, párr. 40, en Nota 10 del artículo citado. Del mismo autor, La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-I, Buenos Aires.

Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes –al serles aplicadas con este sentido– consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad” (del fallo “Bercaitz”). Este principio se entronca con el *principio de favorabilidad* –formulado por autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar.

En el Preámbulo de la CN se puede rastrear el principio aludido en el “objetivo preeminente” de “promover el bienestar general” que aquel propone obtener para “todos los habitantes del suelo argentino”.⁵⁶

3.3.4. Reglas de aplicación que provienen de las “condiciones de vigencia” aludidas por el art. 75, inc. 22 CN

En tanto la CN señala que los tratados de DDHH tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, ésta se conforma con las reservas que cada Estado plantea y con los productos de la labor de los Comités (Observaciones generales –Obs. gales.– y Observaciones finales –Obs. finales.–) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual certeramente señala: “[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” (Cf. OC-2/82 del 24/09/1982).

IV. LA FIGURA PENAL DE USURPACIÓN

El Código Penal legisla la figura de “Usurpación” en sus arts. 181 y 182, dentro de los “Delitos contra la Propiedad”⁵⁷, correspondiendo a diversas conductas caracterizadas por la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae⁵⁸. Las divergencias habidas en cuanto al concepto “Propiedad” aludido en la ley penal, la doctrina se ha encargado de señalar que “no se lo puede identificar con el concepto ‘dominio’ que surge del CC (art. 2506) ni tampoco penalmente con el sentido y alcance que surge de la Constitución Nacional (art. 17, aunque este sea su raíz” (Clemente y Romero, 2005:28). Nos abocaremos, con mayor especificidad a la figura de “Usurpación de Inmuebles” (art. 181 CP) siendo que, el art. 182 refiere a las condiciones que hacen a la figura de “Usurpación de aguas”.

56. Habida cuenta de las políticas llevadas contra los pueblos originarios (exterminio, traslado compulsivo a otras tierras y usurpación de los territorios que poblaban) a posteriori de 1853/60, éstas se entienden articulables con el objetivo enunciado por el Preámbulo de la CN en cuanto responde al modelo liberal de época, por el que las clases dominantes deciden, a su arbitrio y beneficio, qué derecho podrán ejercer los quiénes que formarían la categoría de todos los habitantes. Robert Redfield (Ribeiro, 1971:99) resume la posición conciliadora al explicar que: “entre los grupos de gente de cada sociedad hay unos que distinguen a la gente que es mi gente, o que es más mi gente, de la que no es tanto mi gente. La diferencia nosotros-ellos, en cierta forma, ordena los elementos humanos en la escena universal. Este tipo de interpretaciones, al no articular el elemento poder en la descripción, navegan entre olas de certezas que, acotadas y relativas, hacen de cualquier producto teórico que se base en ellas, una muestra de irresponsabilidad académica”.

57. Capítulo VI del Título VI del Libro Segundo del Código Penal.

58. De allí que encontremos: a) la Usurpación de Inmuebles (art. 181 con tres incisos, sin ser previstas circunstancias agravantes), y b) la Usurpación de Aguas (art. 182, con tres incisos, cuyo último párrafo prevé el aumento de penas si, para cometer los delitos expresados, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos).

4.1. GENEALOGÍA DE LAS LEYES QUE ABORDARON LA FIGURA PENAL DE LA USURPACIÓN. NORMATIVA VIGENTE

El objeto material de la figura de *Usurpación* es todas aquellas cosas que presenten características de inmovilidad, lo cual puso en debate si dentro del concepto "Inmuebles" quedan comprendidos todos los caracterizados por el Código Civil o no. La doctrina mayoritaria que zanja la cuestión sostiene que únicamente los denominados *inmuebles por naturaleza* pueden ser objeto del delito previsto por el art. 181 del CP. No reviste inconveniente contemplar que, en cuanto a inmuebles "por su naturaleza", la protección normativa abarca el suelo y las partes sólidas o fluidas (art. 182 CP) que forman su superficie o profundidad y lo que está incorporado al suelo de manera orgánica o se encuentra deba sin el hecho del hombre. Las posiciones encontradas aparecen con respecto a aquellas edificaciones transitorias que, según el art. 2319 CC, quedan excluidas de la condición de inmuebles y, desde ese punto de vista, también debieran quedar excluidas de la protección normativa no obstante ser estos casos los que presentan mayor asiduidad litigiosa.

El Poder Judicial determina, en cada caso, si la conducta es típica (comprensiva del tipo objetivo y del tipo subjetivo), antijurídica y si en ella se configura culpabilidad –reprochabilidad– en cabeza del sujeto activo de la usurpación. Pero, una vez definida favorablemente para el sujeto pasivo del delito la calidad de usurpador de la persona o grupo, de la condena al desalojo y de su ejecución material, nuevamente emergen –para el caso de aquellos que carecen de vivienda– la problemática de la vivienda tal como veníamos tratándola. Ésta, al no haber sido paulatinamente resuelta por el Estado a través de políticas aunadas a tal fin, se profundiza y expande con su correlato de indignidad obligada para quien la padece y para el cuerpo social que lo permite.

La legislación y jurisprudencia en la materia siguieron los derroteros de ideologías particularizadas en las políticas llevadas adelante por los gobiernos de turno. Así, una genealogía de aquella puede referir como punto de inicio los antecedentes legislativos: el Código de 1886 que tomó el proyecto de Tejedor, y el proyecto de 1891 que inspiró al de 1906, cuyas disposiciones en la materia han sido receptadas en lo sustantivo en el Código vigente (advértase las modificaciones introducidas en el inc. 1° del art. 182 CP).

La Ley 11.179 o Código Penal de 1921, cuya redacción suscitara los debates que dieron por fruto la reforma introducida en 1968 por la Ley 17.567 la cual, respondiendo a la inspiración de Sebastián Soler, amplió el esquema estructural del delito. De esa reforma fue dicho que "no implica[ba] una eliminación del texto primitivo del art. 181 sino su mejoramiento" (Núñez, 1979:83), no obstante lo cual, parte de la doctrina efectuó consideraciones que propiciaban "una mayor perfección en el texto legal" (Clemente y Romero, 2005:13). Nótese que las ampliaciones introducidas en la figura resultaban –según la Exposición de Motivos del Anteproyecto presentado– indispensables a partir de lo que la experiencia había demostrado a ese tiempo. Esa experiencia y esa necesidad de ampliación de la figura, respondían al proyecto del grupo gobernante que había perpetrado el golpe de Estado contra el gobierno constitucional del presidente Arturo H. Illia dos años antes, usurpando el poder (valga el uso del concepto, según una de las modalidades de aplicación de la figura)⁵⁹. En ese contexto, se sanciona la Ley 18.953 (BO 18/03/71) cuyo art. 181bis decía: "La pena será de uno a cuatro años de prisión si el despojo o la turbación se cometiere en perjuicio de alguna administración pública o por más de diez personas".

59. El Código Penal la reprime como delito en los arts. 226 y 227 bis. Cf. también art. 36 CN, texto incorporado por la reforma de 1994. Al respecto, ver Gelli (2004:336 y ss.).

Restablecida la democracia, en 1973, con la ley 20.509 de 1973 se deroga la legislación penal de facto, cayendo la 17.567 y la 18.953.

La 17.567 vuelve a ser repuesta con la ley 21.338 en 1976, aplicada como parte de la política de terrorismo de Estado que articularon los actores del golpe cívico-militar esta vez contra el gobierno de la presidenta constitucional Sra. María Estela Martínez de Perón.⁶⁰ Esta norma preveía, en su art. 181bis, circunstancias agravantes de consuno con su fuente normativa (la ley 18.953 de 1971 mencionada) –aunque de mayor especificidad funcional a los fines represivos de los detentadores del poder.⁶¹

Recuperada la institucionalidad democrática, el Congreso Nacional sanciona la ley 23.077, derogando la 21.338 citada supra.

La última reforma del Código Penal en la materia, es la que corresponde a la sanción de la Ley 24.454 que reproduce en lo sustancial la normativa según se encontraba legislada por la ley 17.567 –aquella surgida dentro de un período de facto.

4.2. SÍNTESIS DE LAS MODIFICACIONES QUE INTRODUJO LA ÚLTIMA REFORMA EN EL ART. 181 CP

Respecto del despojo –inc. 1 del art. 181 CP que dice: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1) el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”.

Incorporaciones:

- a) La “clandestinidad” y las “amenazas” como modos comisivos típicos del despojo;
- b) La advertencia de que el despojo puede ser “total” o “parcial” –receptando las posiciones que mayoritariamente así lo entendían a pesar de no estar especificado en la norma anterior;

–Explicitación de los modos o medios de despojo, a saber: “invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”. Esto último, “porque no es posible sacarle

60. Como ejemplo de la política habitacional llevada a cabo en el ámbito de la CABA a resultas del objetivo para el que se perpetró el golpe de Estado, la Ordenanza 33652/77 (B.M. 15.660, 2/12/77) estableció en su artículo 1º que “La Comisión Municipal de la Vivienda, sin perjuicio de las misiones y funciones que le acuerda la ley 17.174, tendrá a su cargo la tarea de erradicar las llamadas villas de emergencia y todo otro asentamiento poblacional precario o transitorio, existentes dentro del ámbito de la Capital Federal, como asimismo impedir la formación o crecimiento de los mismos”. Si bien no se dispone de números oficiales se estima que la erradicación compulsiva que llevó adelante la dictadura militar entre el año 1976/83 expulsó del ejido urbano a más de doscientas mil (200.000) personas. Los sobrevivientes pasaron a engrosar otras barriadas populares en la Provincia de Buenos Aires o volvieron a sus provincias de origen. Sobre lo dicho en los primeros dos renglones de esta nota: el objetivo era la implementación de un nuevo modelo de sistema socio-económico que conocemos como neoliberal cuya profundización, luego de la reinstalación democrática, se produjo a manos de la gestión gubernamental del presidente Carlos Menem que asumió, en nuestro país, la concreción a ultranza de los postulados del Consenso de Washington.

61. El art. 181bis de la Ley 21.338 decía: “La pena será de dos a cuatro años de prisión si el despojo o la turbación se cometiere: 1) De alguna administración pública o de sus organismos descentralizados o autárquicos, empresas o sociedades del Estado o de propiedad del Estado, aunque fueren de capital mixto o con participación estatal o cualquier otra forma económica de organización del Estado. 2) De una empresa o establecimiento que tenga a su cargo un servicio público esencial. 3) De una empresa o establecimiento comercial, industrial, educativo o de asistencia hospitalaria, o el hecho fuere cometido por más de diez (10) personas. Si mediare violencia, amenazas u otra forma de coerción sobre las personas que no participaren en el despojo o turbación, la pena será de dos a seis años de prisión, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado. Si la usurpación tuviere motivación o fines subversivos, la pena se aumentará en un tercio”.

a al propietario la cosa y llevársela. En cambio, se debe sacar al propietario de adentro de la cosa" (Soler, cit. por Donna 2008, 820).

-Supresión de la mención o numeración expresa a los derechos reales protegidos. La norma vigente utiliza la fórmula genérica "de un derecho real";

-Explicitación en cuanto a que el despojo debe ser del "ejercicio" de tal derecho.

-Considerable aumento de la pena sobre la legislación anterior que la establecía con un mínimo de 1 (un) mes a 2 (dos) años.

Respecto del inc. 2: repite la Ley 17.567 en cuanto a que la destrucción o alteración de términos o límites.

Respecto del inc. 3 –turbación de la posesión (art. 2352 CC): Reincorpora la tenencia (art. 2351 CC) como objeto de protección de los actos turbatorios.

La figura no prevé agravantes.

4.3. LA OCUPACIÓN PACÍFICA COMO MODALIDAD ESPECÍFICA QUE NO ENCUADRA EN EL TIPO

No siempre que se turba el ejercicio de un derecho real estamos en presencia de la configuración de la figura penal de Usurpación legislada en el art. 181 CP.

La escasez de vivienda es señalada por la doctrina como uno de los factores de mayor gravitación en torno al tema que ahora nos ocupa, pues –en el particular– coadyuva a la situación de "estado de necesidad" por la que la jurisprudencia ha dicho:

debe ser absuelto del delito del art. 181 CP (por aplicación del art. 34 inc. 3°) el padre de familia numerosa que, carente de vivienda, para cobijar a los integrantes de la misma (mujer y cinco hijos) quita una alabrada con sus manos y, ya en terreno ajeno, arma un precario tinglado con tirantes y chapas [para el caso, el imputado no llegó a ocuparlo] (...) dadas las condiciones socioeconómicas imperantes y la de ciertos estratos sociales de nuestra comunidad.⁶²

La ya referida crisis habitacional⁶³ se traduce en vastos sectores de la población que articulan soluciones a su necesidad de alojamiento mediante estrategias alternativas calificadas como "informales" en las que se proyecta y profundiza la vulnerabilidad de base de sus habitantes, expuestos a los riesgos propios de la precariedad (entre ellos, la posibilidad de desalojo)⁶⁴ que limita –si no anula– el proyecto de "continuo desarrollo" de la persona.

62. CF Ros., Sala A, c 53.806. Res. 4/7/90, en autos Mansilla, M.M. PBA, T.81, F. 169, p. 59 cit. por Clemente y Romero (2005:111). Para el caso, en debate el inc. 2 del art. 181 CP.

63. Para el caso de la CABA, Ley N° 1.408 –que declaró en estado de Emergencia habitacional –prorrogada por un plazo de tres (3) años conforme texto Art. 1° de la Ley N° 2.472, BOCBA N° 2819 del 27/11/2007–, sancionada el 29/07/2004. Vetada por Decreto N° 1611 del 31/08/2004. Publicación: BOCBA N° 2018 del 06/09/2004. Aceptado el veto de los arts. 2° y 7° por Resolución N° 462 del 04/11/2004. Publicación: BOCBA N° 2104 del 07/01/2005. Artículos vetados: *Artículo 2°*.- A los efectos de la presente Ley se entiende por Emergencia Habitacional a la situación en que se encuentran los siguientes grupos familiares y/o personas: -Ocupantes de casas o edificios con sentencia judicial firme de desalojo, utilizados con uso manifiesto de vivienda única y que no posean otros bienes inmuebles a su nombre. -Habitantes de Núcleos Habitacionales Transitorios y asentamientos de la Ciudad. -Ocupantes de viviendas en situación de hacinamiento, inhabitables o en estado obsoleto. -Alojados en hoteles o pensiones. -En situación de calle. *Artículo 7°*.- Durante la vigencia de la "Emergencia Habitacional" se suspenden los desalojos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, de todos aquellos inmuebles pertenecientes al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, utilizados con uso manifiesto de vivienda, que hasta la fecha de promulgada la presente Ley se encuentren ocupados por grupos familiares en situación de pobreza crítica.

64. A partir de la reforma de la ley 25.488 se incrementaron tales ejecuciones.

A los tipos de informalidad urbana que computa la población que reside en villas de emergencia, otros asentamientos precarios, hoteles, conventillos o pensiones, se le suman las que viven en predios ociosos o en *casas tomadas*. Se trata de familias que se quedaron sin ingresos y no pudieron seguir pagando el alquiler de un departamento o de un cuarto en un hotel o un inquilinato. Son desocupados o tienen ingresos mínimos. Hay nacionales y extranjeros, inmigrantes o de migraciones internas, muchos no tienen documentos ni personas conocidas que puedan ofrecerles una garantía. Toman como propia una vivienda desocupada. Los inmuebles “desocupados” o “deshabitados” han merecido atención por parte de la doctrina. Contestes en que el bien jurídico protegido por el tipo penal no es el nudo derecho de propiedad⁶⁵ sino el ejercicio real, actual y efectivo del derecho real, parte de la doctrina y jurisprudencia se inclinaron a interpretar –con el mismo criterio que señalaba el Proyecto de 1906– que el ingreso en una casa desocupada mediante alguna de las formas establecidas en el art. 181 CP configura Usurpación, sin que sea necesaria la presencia de la víctima en el lugar⁶⁶. En justicia, resulta por demás indispensable calibrar las condiciones en las que se encontraba el inmueble –dentro de las que está el cómputo de tiempo desde que el sujeto dejó de ejercer la tenencia o posesión– ponderando circunstancias que hacen al ejercicio efectivo del derecho –más allá de la ausencia del propietario– como ser: el haber dejado encargado el pago de servicios, la limpieza y arreglo de las instalaciones. Esto es una cuestión de hecho y prueba que deberán ser ponderadas por el magistrado del caso, según la norma constitucional vigente. Me inclino por la postura que indica que “el propietario que tiene desocupado y permanentemente vacío y cerrado su inmueble no puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación”⁶⁷.

Las condiciones socio-económicas tan intensamente desigualitarias sostenidas en el tiempo –a pesar de algunas señales de recuperación en ese sentido– son producto de una conflictividad de base que, en determinados momentos y por circunstancias favorables, emergen con mayor nitidez. En el campo de las relaciones laborales⁶⁸ y de servicios públicos⁶⁹, por ejemplo, es donde –con la modalidad de *ocupación pacífica* del establecimiento correspondiente–, se intenta visibilizar el mencionado conflicto social –con afectación particular– y obtener una respuesta favorable. Tales supuestos no serían tipificables como delito –en el marco del art. 181 CP– toda vez que no resulta la intención de los accionantes privar o sustituir el poder de los tenedores o poseedores, sino que lo es la protesta o guarda de un reclamo laboral y aún en creencia de obrar en salvaguarda de un legítimo derecho (Clemente y Romero, 2005:133)⁷⁰.

65. CNCCorr., Sala I, 20-9-89, Bertrin Bolbaran, Carmen R., LL 1990-B-544.

66. Cam.Nac.Crim.Corr., en autos Valenzuela Ibarra, Fermin, LL 1988-A,88 voto de la mayoría.

67. *Ibidem* autos citados, voto de la minoría; CN Crim.Corrrec. Sala V, Res. 29/4/86 en autos Ponce, Mónica G. LL 1986-F-727, Sec. Jurispr. Agrup. Caso 5839; JA 1959-II,231.

68. En particular, con las políticas de ajuste estructural a las que se acudió como salvataje del sistema a partir de la crisis del modelo de Estado Benefactor. La solución más drástica frente a la ocupación de su fábrica, tiene como execrable antecedente el del 8 de marzo de 1908, cuando 128 obreras textiles de la fábrica Cotton de Nueva York fueron quemadas vivas en un incendio provocado por su empleador. Se habían mantenido en el inmueble reclamando jornadas de 8 horas, descanso dominical e igual trabajo por igual salario.

69. Al tiempo de estar preparando la versión final de este trabajo, alumnos de nivel medio de la CABA han *tomado* las escuelas a las que asisten, con el objeto de visibilizar la situación de inseguridad material y emocional que viven por las precarias condiciones de infraestructura edilicia de aquellas las que, denunciadas ante la Administración, no obtuvieron respuesta por su parte. En esa misma línea se han venido tomando establecimientos hospitalarios públicos por problemas salariales de larga data que se suman a la también deficitaria condición en cuanto a insumos, infraestructura y capacidad hotelera todo lo cual, es de público y notorio.

70. Cám.Crim.Corr. Mar del Plata, Sala III, Res. 7/6/1994, C30423, en autos Scapula Wisky, Carlos s/denuncia en donde se señala que: La mera permanencia de aquellos en el lugar (planta pesquera) a raíz del conflicto laboral, en actitud pasiva y no orientada al despojo, no permite tener por debidamente justificada la perpetración de usurpación de propiedad. Se ha dicho: El hecho de penetrar los empleados al local de la fábrica y permanecer allí, inactivos, que

La ocupación de tierras también remite a problemáticas políticamente irresueltas o, cuya solución ha sido la irresolución adoptada. Así, la situación de los llamados refugiados ambientales –a quienes el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) define como aquellos individuos que han sido desplazados por causa de peligros naturales o accidentes industriales, que han sido permanentemente desplazados por grandes proyectos económicos e desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos– o, en particular, las que se plantean en campos de distintas zonas de nuestro país donde se suscitan conflictos entre adquirentes de campos y los colonos que habitan el lugar generando la necesidad de un saneamiento de títulos⁷¹ que evite una lucha desigual por el derecho, cobrando víctimas fatales generalmente de campesinos⁷². En esos términos, la ocupación de un inmueble ajeno resume, articula y pone en tensión el ejercicio de otros tantos derechos, cuya conculcación *ab initio* visibiliza.

4.4. MEDIDAS A ADOPTAR POR EL DAMNIFICADO

El debate sobre las medidas a adoptar frente a la turbación del uso y goce pacífico de un inmueble, lejos de ser un ejercicio de mera especulación teórica, responde a la necesidad de resolver la tensión entre derechos, la cual se viene produciendo desde hace años con cada vez mayor reiteración⁷³.

Hemos mencionado oportunamente que el damnificado tiene a su alcance la vía civil (desalojo con la posibilidad del llamado desalojo anticipado según la ley 25.488 e interdictos posesorios), además de la denuncia penal para lograr volver a la situación anterior al despojo,

puede importar un acto de turbación en el sentido del art. 181 inc. 3 CP, sólo es punible cuando se cumple mediante violencias o amenazas Cf. Cam.Crim. y Correc. Capital, marzo 14-947, CCC.5-564. En igual sentido CN Crim. MDP, Sala III, c.36.489, autos Saravia, A.A. Res. 7/6/1994, JPBA T. 87, F. 242, p. 199. Asimismo se ha dicho que No incurre en el delito quien procede a despojar a otro en la creencia de que su conducta era lícita conforme a un asesoramiento técnico letrado, o que encuentra su casa en un asesoramiento conforme a circunstancias anteriores al hecho y por quienes son medianamente interesados. También se ha admitido el error cuando el autor cree que le asiste un derecho a seguir ocupando el título de heredero o cuando el autor cree que puede invocar el derecho de retención hasta que se le pague lo adeudado en conceptos de sueldo (Clemente y Romero 2005:134 y 135).

71. Esto se llevó a cabo, por ejemplo, en la Pcia. de Santiago del Estero con el dictado de la ley 9150 (BO 23/03/2004). Las soluciones deben estar ancladas en la realidad, que es la óptica desde donde las normativas vigentes en materia de DDHH miran-. La situación posesoria de inmuebles rurales en particular- se encuentra atravesada por la falta de títulos habilitantes (escrituras, registros) de los pobladores ancestrales o contemporáneos, quienes fueron "invisibilizados" por el sistema jurídico cuando reduce la realidad a "si no está registrado, no existe" en contra del más débil de la relación. La reforma constitucional de 1994 acierta en dar un paso a la reversión de tal "invisibilidad" con la incorporación del inc. 17 del art. 75. Queda, entonces, reencauzar en ese sentido no sólo la norma penal sino su aplicación por los operadores del derecho.

72. Estas y otras situaciones en torno a la posesión de la tierra han originado la necesidad por parte de los campesinos- de organizarse. Así, paulatinamente, con sus tensiones y contradicciones, han ido conformando agrupaciones, como son, el Movimiento Campesino de Santiago del Estero (MOCASE), Movimiento Campesino de Formosa (MOCAFOR), Movimiento Campesino de Córdoba (MOCACOR), etc. En países hermanos de nuestra América, la situación se agrava con la presión de grupos paramilitares. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia sentencia T-098/02 del 14/02/2002- reenvía al precedente T-327/01 en el que sostuvo: la persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia vé vulnerados una larga lista de derechos fundamentales entre los cuales se puede mencionar, entre otros, el derecho a la vida, a la paz, la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, la integridad personal, la dignidad humana, la educación particularmente de los menores que se ven obligados a huir-, la vivienda en condiciones dignas. Frente a tales vulneraciones el Estado colombiano, siendo consecuente con su naturaleza de Estado Social de Derecho, tiene la obligación de brindar atención a los desplazados para que cesen las privaciones del goce de los derechos fundamentales para este grupo poblacional. Al existir tal obligación se genera el consecuente derecho en cabeza de los desplazados de ser atendidos con prontitud, y en condiciones que respeten su dignidad humana, por parte de las entidades del Estado competentes para prestar apoyo y protección.

73. Cf. Cámara de Apelaciones, Criminal y Correccional de la Capital Federal Sala II-, en autos Vaccari, Jorge sentencia del 05/05/86-. En LA LEY 1986-E-126.

a la de la destrucción o alteración de términos o límites del inmueble o a la de la turbación de la posesión o tenencia.

Surge así, como un primer y amplio interrogante, la necesidad de establecer si el ordenamiento jurídico prevé algún mecanismo para integrar el inmueble usurpado, en el proceso penal. En este sentido, el art. 29 del Código Penal dispone que “*La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias*”, en virtud de lo cual se acepta que en la sentencia puede ordenarse la restitución del inmueble.

Sin embargo, teniendo en cuenta el tiempo que insume la tramitación del mismo y los terribles perjuicios que puede irrogar este delito de efectos permanentes, en una enorme cantidad de casos será indispensable que aquella medida sea adoptada con anterioridad al dictado de la sentencia, con carácter preventivo o cautelar. Aquí aparecen entonces otros interrogantes, a saber: si las leyes rituales prevén el reintegro provisional del inmueble, y en su caso bajo qué requisitos.

4.4.1. Regulación del desalojo preventivo de inmuebles usurpados en el proceso penal

Señalaremos dos grandes grupos de ordenamientos procesales: aquellos que contemplan expresamente la medida en estudio (como es el caso del CPPN y el CPP de la provincia de La Rioja), por una parte, y los que –si bien no lo hacen de ese modo–, sí contienen disposiciones de carácter general (relativas a la necesidad de hacer cesar los efectos del delito) en las que aquella encuentra su fundamento normativo (vgr. CPP de Córdoba), por otra.

El art. 238 bis del CPPN dice:

En la causas por infracción al art. 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario. La medida se puede aplicar en principio a las distintas figuras contempladas en el art. 181 del CP, aunque según señala Hornos, no cabría en supuestos como el inc. 3º (turbación de la posesión), que esto no contempla como resultado típico el despojo por lo que no sería posible disponer el reintegro de una posesión o tenencia que no ha sido objeto de desplazamiento o exclusión (Clemente y Ramallo 2005:203).

Podría entenderse como aparente falta de correlación la que media entre el bien jurídico protegido por el art. 181 del CP (principalmente el inc. 1º) y aquello que sería susceptible de restitución provisional según el art. 238 bis del CPPN.

Esto así, atento a que –en un primer momento– el art. 238 bis CPPN efectúa una remisión a “las causas por infracción al art. 181 del código penal...”, sin efectuar limitación alguna. No obstante ello, luego establece que lo que puede ser reintegrado provisionalmente es la “posesión o tenencia” del inmueble, sin hacer mención expresa al *ejercicio de un derecho real constituido sobre él*. Vale entonces preguntarse si esta última situación puede considerarse comprendida en la regla procesal, y en consecuencia si puede ser restablecida provisionalmente interrogante éste que me permito responder por la afirmativa.

Podría decirse que los requisitos que deben reunirse para que proceda el desalojo preventivo, serían –en términos generales– los requeridos comúnmente para la adopción de las medidas cautelares, a saber: verosimilitud (*fumus boni iuris*), en este caso sobre los extremos fácticos de la imputación delictiva, y peligro en la demora (*periculum in mora*)⁷⁴,

74. Se afirma también, pero específicamente en relación a las medidas de coerción en el proceso penal, que éstas

a lo que se podrá añadirse, en su caso, una contra-cautela suficiente.

La articulación temática con el sistema de DDHH y los principios del garantismo penal pasan por extremar el cuidado en revisar a su amparo y en cada caso– las conductas comisivas del tipo, los medios señalados y las soluciones procesales adoptadas o a adoptar, teniendo en cuenta las causales eximentes del tipo y las de justificación de la antijuridicidad que el mismo Código Penal legisla y aquellas otras que, no legisladas expresamente, excluyen la culpabilidad o reprochabilidad:

1. el estado de necesidad (art. 34, inc. 3 CP), que justifica la antijuridicidad y el culpante –que excluye la culpabilidad.
2. el obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo (art. 34, inc. 4 CP),
3. el obrar en virtud de obediencia debida (art. 34, inc. 5 CP), y
4. la legítima defensa propia o de terceros (art. 34, incs. 6 y 7).
5. El error de tipo puede no ser invencible si la figura es exclusivamente dolosa. El error de tipo se vincula con los elementos materiales y con los normativos extrapenales del tipo objetivo, como se verifica en el error o ignorancia de hecho esencial, aunque sea imputable al autor (art. 34, inc. 1 CP).
6. El error invencible de derecho penal. Este, en cuanto desplaza la capacidad de motivación en la norma penal.

Resulta por demás interesante –y no excede el marco de este trabajo– señalar cómo, la información malversada sostenida en el tiempo ha logrado en el tema que nos ocupa un consenso social manipulado que endilga al sistema de DDHH los males del mundo, como si la aplicación de su normativa y principios fuera la llave que abrió la Caja de Pandora contra la ciudadanía que vivía igualmente en libertad y armoniosa fraternidad.

Los criterios que hacen al garantismo responden al avance jurídico que integra el nuevo paradigma, el cual es resistido por sectores temerosos de perder algún privilegio, e inclusive por sectores populares en los que se ha logrado que asuman la desigualdad de oportunidades y trato como algo natural casi una ley biológica y no socio-histórica. En cuanto al Estado, se verifica tal resistencia en los órganos con funciones de poder que eluden la toma de decisiones políticas que deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial las políticas y la legislación no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás.⁷⁵

4.5. LA FIGURA DE LA USURPACIÓN DE AGUAS

La figura de marras se encuentra legislada en el art. 182 CP, que dice:

Será reprimido con prisión de 15 días a un año:

1. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro, sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o la sacare

tienden a garantizar el logro de los fines del proceso, o, en otras palabras, asegurar el resultado de éste, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir ante la falencia de los elementos indispensables para la averiguación de la verdad y la ejecución de las posibles condenas (Clariá Olmedo, 1998:351).

75. Obs. Gral. 4, párr. 11.

en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho.

2. El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.

3. El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

El bien jurídico protegido es la propiedad como el derecho al uso y goce de las aguas total o parcialmente ajenas al agente. Las aguas aquí consideradas como cosa *inmueble por su naturaleza* (Cf. 2314 CC), que son protegidas contra los delitos previstos en el art. 182 CP refieren a aquellas utilizadas por poblaciones o particulares. Resultan indiferentes las siguientes consideraciones: 1. el uso para el cual se la destina; 2. si el agua fluye o es estancada, y 3. si es de propiedad privada o pública. Además, el agua que se protege debe ser susceptible de usurpación y, para ello, es determinante el lugar donde se halla.

El elemento material del tipo delictivo está previsto en el inc. 1° en cuanto a sacar agua. El inc. 3° señala el elemento normativo que se refiere a la ilegitimidad de dicha conducta. En los incisos mencionados, se señala el elemento subjetivo que se agrega al dolo, que es hacerlo con el propósito de causar perjuicio a otro. Con relación a esto, y al igual que en el caso de la figura legislada en el art. 181 CP, la del artículo aquí en estudio es un tipo doloso, que sólo admite el dolo directo, que debe ser concreto, real y no sólo estar en la mente del autor.

Con relación al inciso 2° del artículo 182 CP, cabe señalar que la conducta delictiva prevista no consiste en el despojo del derecho ajeno sino en un hecho que traba o turba su ejercicio no como tentativa de despojo sino como turbación o estorbo en sí, y por lo tanto, autónomamente penada. A diferencia de lo que acontece con el tipo subjetivo de los incisos 1° y 3°, para conformar la figura delictual prevista en el inciso 3°, el dolo debe ser integrado por el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, sin ningún otro contenido, en el tipo subjetivo, que haya sido especialmente previsto por el legislador.

Las conductas reseñadas en el inc. 3° del art. 182 CP son conocidas también como interrupción de un curso de agua. Se suma, también aquí, un elemento subjetivo al dolo que integra el tipo subjetivo de esta figura. Quedan fuera de la protección legal, los acueductos a los que se refieren los incs. 1° y 2° del mismo artículo.

El 3° inciso referido contiene, además, una usurpación genérica de un derecho referente a un curso de agua.

Los tipos reseñados admiten tentativa. El artículo prevé agravantes de la figura básica a tenor de los procedimientos empleados para cometer las conductas de los incs. 1° al 3°, pero que sólo corre para el inciso 1° y para el 3° en virtud de los elementos especiales que éstos contienen.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Unas pocas palabras para concluir este trabajo, que he escrito bajo la premisa de que el conocimiento no sólo no cierra puertas, sino que, antes bien, las abre a más interrogantes, cuya formulación como la de las respuestas a que diera lugar serán debatibles sólo en la

medida en que el fruto de tales debates no se proyecte en políticas regresivas de los derechos ya reconocidos por lo menos normativamente que, en alguna medida que no es posible desconocer, se ven concretados. Aún falta mucho y la urgencia de la vida –para todos aquellos que la padecen en condiciones de desigualdad real frente al resto social– apremia.

Vaya este trabajo como un aporte más al de tantos otros que, en ámbitos disímiles y aun sin conocerse entre sí, coadyuvan a la construcción de una sociedad democrática en la que la literalidad normativa del sistema de DDHH sea materializada en decisiones políticas y jurisprudencia acordes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Albanese, S. (1997): *Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*. T.II, Buenos Aires, Editorial de Belgrano.

Bayer, O., Campione, D., López, H.A., Mazzeo, M., Sartelli, E. y Grupo de Arte Callejero (2006): *Historia de la crueldad argentina. Tomo I Julio Argentino Roca*. (Coordinador: Osvaldo Bayer), Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini.

Bengoa, J. (2002): *Pobreza y Derechos Humanos. Programa de Trabajo del Grupo Ad Hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una Declaración Internacional sobre los derechos humanos y la extrema pobreza*, E/CN.4/sub.2/2002/15, del 25/06/2002, pp. 3 y 4 párrafos 4, 15 y ss.

Berger, E. y Luque Videla, L. (2006): *Usurpación por despojo*, Buenos Aires, Lerner.

Bielsa, R. (2007): "Estudios de Derecho Público, II, Derecho fiscal", en H. Corti, *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis.

Bidart Campos, G. J. (1997): "Prólogo", en L. Aguilar (comp.) *Derecho al Desarrollo*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA.

- (2002): *La Constitución Económica un esbozo desde el derecho constitucional argentino*, en JA 2002-II.

Bidart Campos, G. J. y Carnotta, W. (1997): *Economicismo, Constitución y Seguridad Social*, en Suplemento LA LEY de Derecho Constitucional, LA LEY, 17/07/1997.

Bidart Campos, G.J. y Risso, G.I. coordinadores (2005): *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Buenos Aires, EDIAR.

Bobbio, N. (1991): *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema Editorial.

Carbonell, M. (ed.) (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.

Carnota, W. (2007): *El artículo 14bis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: homenaje y balance*, Suplemento LA LEY CONSTITUCIONAL, 28/12/2007.

Casás, O. J. (2010): *Palabras del Dr. José Osvaldo Casás*, LA LEY ACTUALIDAD, Año LCCIV N° 151, del 10/08/2010, Buenos Aires.

Christe, G. E. (2004): *Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, LA LEY, 2004-A, 626.

Clariá Olmedo, J. A. (1998): Derecho Procesal Penal, t.II, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Clemente, J. L. y Romero, G. (2005): El delito de usurpación. Arts. 181 y 182 CP Aspectos sustanciales y procesales, 2° edición ampliada, Córdoba, Lerner.

Cornaglia, R. J. (2010): El derecho social y constitucional a la vivienda. La operatividad de los derechos humanos, en La Ley, Año 17, n° 6, julio.

Corti, A. H. M. (2005): Acerca del derecho financiero y tributario y de los Derechos Humanos, en G. J. Bidart Campos y G. Risso (coords.), Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa, Buenos Aires, EDIAR.

— (2007): Derecho constitucional presupuestario, Buenos Aires, Lexis-Nexis.

Costante, Liliana B. (2009): "Relación funcional de la desigualdad real de oportunidades y trato con el ejercicio de las libertades públicas", en Revista Realidad Económica N° 246, agosto-septiembre.

- (2010): Conocimiento, trabajo y dominación. Construcción de la desigualdad social, Buenos Aires, Prometeo.

Courtis, C. (2006): Tutela judicial efectiva y afecciones colectivas de derechos humanos, SJA 21/6/2006 JA 2006 II 1215.

Courtis, C. y Abramovich, V. (2002): Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta.

Donna, E. (2008): Delitos contra la propiedad, 2° ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Eloffman, M. (2007): Desde el derecho del trabajo hacia un derecho de la inclusión social, en L. Constante, Conocimiento, trabajo y dominación, Construcción de la desigualdad social, Buenos Aires, Prometeo.

Fayt, C. (2007): Los derechos sociales en la Constitución Nacional, Suplemento LA LEY CONSTITUCIONAL, 28 de diciembre.

Ferrajoli, L. (1995): Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta.

Ferreira, R. (2010): Constitución y Derechos Fundamentales, La Ley, 3 de septiembre.

Gargarella, R. (1999): Derecho y grupos desaventajados, Barcelona, Gedisa editorial.

- (2009): El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema, en Courtis, C. (comp.), Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Buenos Aires, Eudeba.

Gelli, M. A. (2004): Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Buenos Aires, La Ley.

— (2007): Los derechos sociales y el amparo en los entresijos de la historia argentina (A modo de epílogo), Suplemento LA LEY CONSTITUCIONAL, 28 de diciembre.

Gialdino, R. (2000): El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección, investigaciones 3, Buenos Aires, CSJN.

- (2010): Los desalojos y los Derechos Humanos, LA LEY T.2010-B:813.
- Kesselman, P. (2010): La Acordada 36/2009 y la jurisprudencia de la Corte sobre Derechos humanos sociales, LA LEY, Año LXXIV N° 122, del 29 de junio.
- Lamuedra, A. y D'Alessio, I. (2005): La Ley de presupuesto y las garantías constitucionales. El derecho a la salud, Buenos Aires, El Derecho.
- Mackinson, G. (1997): Derecho a la salud, en Derecho al desarrollo, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja y Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA.
- Marí, E. (2002) La teoría de las ficciones, Buenos Aires, Eudeba.
- Nikken, P. (1987): La protección internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo progresivo, Madrid, Civitas.
- Nino, C. (1992): Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea.
- Núñez, R. (1979): Tratado de Derecho Penal, Córdoba, Lerner.
- Oyhanarte, J. (1969): Poder político y cambio estructural en la Argentina, Buenos Aires, Paidós.
- Pautassi, L. C. (2009): Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública, en C. Courtis (comp.), Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho, Buenos Aires.
- Peña, M. (1970): Alberdi, Sarmiento, el 90. Límites del nacionalismo argentino en el siglo XIX, Buenos Aires, Fichas.
- Pinto, M. (1997): El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la interpretación de los derechos humanos, en M. Abregú y C. Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- (2008): El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Rajland, B. (2008): El pacto populista en la Argentina (1945-1955) Proyección teórico-política hacia la actualidad –Prólogo de Atilio Borón–, Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini.
- Ribeiro, D. (1971): El proceso civilizatorio: de la revolución agrícola a la termonuclear, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
- Schobinger, J. y Gradín, C. (1985): Arte rupestre de la Argentina –Cazadores de la Patagonia y Agricultores andinos, Madrid, Encuentro Ediciones.
- Sondereguer, C. (2006): El diseño amerindio y su naturaleza creativa. Iconografía, Buenos Aires, Nobuko.



Enzo Finocchiaro

Vivir y dejar vivir. Una aproximación
jurídica al derecho a la vivienda en la
Ciudad de Buenos Aires

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

2do. Premio

Vivir y dejar vivir. Una aproximación jurídica al derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*

Enzo Finocchiaro**

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, intentaremos abarcar una temática tan compleja, polémica, dinámica y en permanente tela de juicio –en especial en los grandes centros urbanos– como lo es la tensión entre el derecho a la vivienda digna constitucionalmente reconocido y garantizado y el delito previsto en el Art. 181 del Código Penal, esto es, la figura de la usurpación, especialmente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En primer lugar, veremos cómo se ha consagrado el Derecho a la Vivienda a nivel mundial, regional y, muy especialmente, en Argentina; veremos cómo ha ido recepiéndose esto desde la esfera del Estado, en sus tres poderes.

Seguidamente, dedicaremos un capítulo a examinar la problemática social de la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, acercándole al lector algunas estadísticas recientes que dan muestra que no estamos ante una simple colisión de derechos y veremos algunas políticas implementadas en base a la realidad habitacional existente.

A continuación, veremos algunas aristas del Derecho de Propiedad Privada, el cual contrasta, en nuestra temática, con el Derecho a la Vivienda, pues quienes normalmente aparecen como "usurpadores", no hacen otra cosa que reclamar su derecho a una vivienda digna por propia mano, dado que el Estado poco o nada hace por ellos, salvo excluirlos y castigarlos

Luego, haremos un detenido examen de la figura de la usurpación, su recepción legal en el derecho argentino, su historia, su evolución, la legislación comparada y finalmente, su aplicación tribunalicia.

En un quinto apartado, veremos cómo se ha desarrollado procesalmente el instituto de la usurpación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e intentaremos esbozar algunas herramientas que quizás permitan un mejor tratamiento de la cuestión, frente a los derechos que examinamos en los primeros capítulos. A modo de epílogo, concluiremos con una opinión personal y un estado de la cuestión, intentando arribar a una visión superadora.

II. EL DERECHO A LA VIVIENDA

2.1. CONCEPTO. QUÉ SE ENTIENDE POR DERECHO A LA VIVIENDA

2.1.1. La Constitución Nacional

Dice el último párrafo del Art. 14 bis del texto constitucional:

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna.

* Trabajo ganador del 2do Premio Formación Judicial 2010, en el eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda".

** El seudónimo utilizado fue "El Aprendiz".

2.2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL

El Derecho a la Vivienda se encuentra en nuestro bloque de constitucionalidad a través del Art. 75 Inc. 22, que recepta, a partir de 1994, varios tratados de Derechos Humanos.

Así, el Art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 25.1, dice:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Aunque tienen remisiones, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos nada dicen concretamente sobre el Derecho a la Vivienda.

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice en su Art. 11.1 que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Este instrumento es el instrumento principal para la protección del derecho a la vivienda.¹

1. Argentina aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante el Pacto o el PIDESC– que entró en vigor el 3 de enero de 1976, y reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos Adoptado por Resolución 2200 del 19 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Cuando Argentina decidió voluntariamente formar parte del Pacto asumió importantes obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales que tienen un fundamento jurídico. Dentro de esas obligaciones se comprometió voluntariamente a armonizar la legislación, las políticas y la práctica nacionales con sus obligaciones jurídicas internacionales vigentes. Al ratificar el Pacto de carácter obligatorio, Argentina asumió una responsabilidad ante sus habitantes, ante los demás Estados partes en el mismo instrumento y ante la comunidad internacional en general, y dentro de esas obligaciones asumió la de informar periódicamente cada 5 años acerca de las medidas adoptadas para garantizar la efectividad de estos derechos, así como de los progresos realizados en ese sentido. El 1 de diciembre de 1999 el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante el Comité DESC) de la Organización de las Naciones Unidas examinó el Segundo Informe Periódico de la República Argentina (E/1990/6/Add. 16) y entre sus Observaciones finales (E/C12/1/Add.38, 8 de diciembre de 1999) destacaba como aspectos positivos la inclusión del Art. 75 Inc. 22 en la Constitución Nacional y las normas constitucionales que dispone la restitución a los pueblos indígenas de algunas de sus tierras tradicionales (punto 3), pero también tomaba nota de la aplicación parcial del plan de gobierno para facilitar la adquisición de viviendas a los ocupantes ilegales de inmuebles de propiedad pública, dándoles la posibilidad de adquirir los terrenos que ocupan, con tasas de interés preferenciales (punto 7). Sin embargo, manifestaba su preocupación por la falta de vivienda en Argentina y la inadecuación de las iniciativas públicas al respecto (punto 20), por el alto grado de ocupación ilícita de edificios, sobre todo en Buenos Aires y por las circunstancias en que se producen los desalojos (punto 21) y que a pesar de que el Gobierno venía ejecutando desde diez años atrás un programa para hacer frente a la cuestión de los niños de la calle, no se habían abordado debidamente los problemas fundamentales, puesto que el número de esos niños siguió aumentando. Finalmente, sugería en sus recomendaciones que el Estado adopte medidas institucionales en la administración pública para: garantizar que se tengan en cuenta las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, al formular políticas nacionales sobre cuestiones tales como la vivienda, la salud y la educación (punto 27); que el Estado prosiga e incremente sus iniciativas para superar la escasez de vivienda y que

En lo que respecta al derecho a la vivienda adecuada, las Observaciones Generales N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante el Comité DESC) han establecido los contenidos del derecho a la vivienda adecuada y las reglas específicas en materia de desalojos forzosos. Estos son: a) Seguridad jurídica de la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras; c) Gastos de vivienda soportables; d) Vivienda habitable; e) Vivienda asequible; f) Lugar; y g) Adecuación cultural de la vivienda.

Respecto de los desalojos forzosos, el PIDESC los define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole, ni permitirles su acceso a ellos. Así, la legislación sobre desalojos deberá comprender medidas que: a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras; b) se ajusten al Pacto; y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. La legislación debe aplicarse además a todos los agentes que actúan bajo la autoridad del Estado o que responden ante él. También, habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar para que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que se lleven a cabo sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas.

Los estándares internacionales son: a) Garantías judiciales en los desalojos; b) Desalojo a personas sin recursos; y c) Obras de infraestructura, renovación urbana. Estas medidas amplias de protección ponen de manifiesto algunas de las complejidades relacionadas con el derecho a una vivienda adecuada. También permiten apreciar las muchas esferas que deben tener plenamente en cuenta los Estados que han asumido obligaciones jurídicas a fin de realizar el derecho a la vivienda de su población. Cuando una persona, familia, hogar, grupo o comunidad vive en condiciones en que estos aspectos no tienen plena efectividad, pueden aducir justificadamente que no disfruta del derecho a una vivienda adecuada tal como está consagrado en las normas internacionales de derechos humanos.

Los estados están obligados, al menos, a proteger el "umbral mínimo" de obligaciones sin el cual el derecho no tendría razón de ser. Y en ese sentido, a adoptar "todas las medidas adecuadas" y "hasta el máximo de los recursos disponibles" para satisfacer el derecho en cuestión, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades más urgentes. Esos principios a su vez se complementan con estándares generales de derechos económicos, sociales y culturales que pueden ser aplicados para monitorear el cumplimiento del derecho a la vivienda. Entre esos estándares se encuentran los siguientes: Progresividad y no regresividad: el Estado debe mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho a la vivienda. Prohíbe la adopción de políticas, medidas, normas jurídicas o vías de hecho mediante las cuales el Estado empeore la situación del derecho a la vivienda; Producción de información y formulación de políticas: la producción de información relativa a la situación de la población respecto del derecho a la vivienda es un presupuesto para la vigilancia del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El Comité DESC ha dispuesto el deber de producir información y garantizar el acceso

le facilite en su próximo informe periódico datos estadísticos completos sobre la situación de la vivienda en el país (punto 35), que prosiga e incremente su política de entregar títulos a quien esté en su posesión de una vivienda y que, con carácter prioritario se revisen los procedimientos en vigor para el desalojo de ocupantes ilícitos exhortándolo a asegurar que la política, las leyes y la práctica tomen debidamente en cuenta sus Observaciones Generales N° 4 (1991) y N° 7 (1997) sobre el derecho a una vivienda adecuada (punto 36). Por último, le pedía al Estado que de una amplia difusión nacional a las observaciones precedentes.

a ella. Por otra parte, el Estado tiene el deber de formular políticas orientadas a superar las violaciones del derecho a la vivienda; Participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas; Provisión de recursos efectivos: la Observación General N° 9 del Comité DESC ha señalado que cuando un derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales no se puede ejercer plenamente sin una intervención del Poder Judicial, es necesario establecer recursos judiciales para posibilitarlo.

El conjunto de obligaciones descriptas anteriormente tiene en la Argentina un doble valor jurídico de supremacía. No sólo son obligatorias desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, que como tales obligan a los poderes del Estado frente a la responsabilidad internacional, sino que también por decisión de su constituyente están en la base fundamental del ordenamiento jurídico interno, de tal modo que todas las normas inferiores – leyes, decretos y resoluciones administrativas – deben adecuarse a ellas, so pena de ser consideradas inconstitucionales².

Por último, en el Art. 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño encontramos la obligación estatal de brindar asistencia material para que el niño y su familia tengan acceso a una vivienda digna.

2.3. OTROS ÁMBITOS DE CONSAGRACIÓN

De lo que hemos expuesto, surge claramente que el Derecho a una vivienda digna es un derecho de carácter inherente a la persona humana, que entra dentro de la esfera de los llamados "Derechos Individuales y Sociales", y que encuentra claramente raigambre constitucional.

Asimismo, también en el ámbito de Naciones Unidas –donde a Argentina obviamente le cabe un lugar protagónico y privilegiado– está teniendo lugar un debate sobre el tema, que ya lleva varios años de desarrollo. Conferencias, declaraciones y seguimientos se han convertido en un campo de batalla donde las ONG vienen denunciando regresiones con respecto a logros ya obtenidos. La primera conferencia sobre vivienda y asentamientos, conocida como "Hábitat I", tuvo lugar en Vancouver, Canadá, en 1976. Equidad, justicia social, solidaridad, dignidad humana, libertad de acción y de movimiento fueron los principios fundamentales articulados en esta conferencia. Allí se recomendó que los gobiernos y las organizaciones internacionales dediquen todo su esfuerzo a tomar acciones urgentes. Sin embargo, los problemas no sólo persistieron, sino que se multiplicaron.

Veinte años más tarde, en 1996, la ciudad de Estambul, en Turquía, fue sede de "Hábitat II". La "Agenda Hábitat", documento adoptado por los estados miembros, representó un gran adelanto. Allí se reconoció el derecho a la vivienda como un derecho humano fundamental. Durante todo el proceso se hizo énfasis en la importancia de la participación de la sociedad civil, transformando el abordaje con el que hasta ese momento se habían encarado los objetivos de Vancouver. Se promovió una participación real y efectiva de las ONG en los procesos de negociación.

En la conferencia "Estambul + 5" –por los años transcurridos desde 1996–, que tuvo lugar en Nueva York en 2001, la ONU revisó la implementación de la Agenda Hábitat. De acuerdo a las ONG presentes, este nuevo proceso implicó un retroceso con respecto a Hábitat I, en cuanto a participación de las ONG y autoridades locales.

2. El Derecho a la vivienda en Argentina –Informe de Misión de investigación, 2004–, Centro de derecho a la vivienda y contra los desalojos (COHRE).

El derecho a la vivienda también está siendo discutido en un ámbito novedoso: las Metas de Desarrollo del Milenio. En el año 2000, los Estados miembro de la ONU acordaron trabajar de cara al cumplimiento de ocho metas de desarrollo, subdivididas en 18 objetivos específicos y mensurables. La meta 7 – objetivo 11 apunta a una mejora significativa en las vidas de cien millones de habitantes de asentamientos irregulares para el año 2020. Los relatores especiales del Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU están promoviendo la participación de las ONG en el monitoreo que está llevando a cabo UN-HABITAT, organismo de la ONU encargado de los temas de vivienda y asentamientos. También están promoviendo la adopción de una perspectiva de derechos humanos (que incluye a los derechos económicos, sociales y culturales) en el proceso general de las Metas de Desarrollo del Milenio.

El Banco Mundial ha participado en esta iniciativa a través de su programa "Alianza de las ciudades" (lanzada conjuntamente con UN-HABITAT). De acuerdo a sus promotores, el programa fue creado para "fomentar nuevas herramientas, enfoques prácticos e intercambio de ideas para promover el desarrollo económico global y atacar los problemas de pobreza urbana. Sus actividades refuerzan la implementación de la Agenda Hábitat".

La Recomendación 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores y sus familias, que se desplazan dentro de la comunidad exhortó a los estados miembros a no discriminar a los trabajadores extranjeros en la adjudicación de viviendas otorgándoles las que se consideren normales en ese lugar.

Al considerar el derecho a la vivienda como un derecho humano, es necesario adoptar también una perspectiva de género. Las mujeres, ya sean de hecho o de derecho, son excluidas y discriminadas en prácticamente todos los aspectos relacionados con la vivienda. Es necesario que se tomen acciones positivas para asegurar su derecho a la herencia y la propiedad de la tierra y otros bienes; al crédito; a los recursos naturales y la tecnología apropiada, así como también para garantizar su derecho a la seguridad de tenencia y la capacidad de ser parte de un contrato.

2.4. EL CONCEPTO EN SÍ. QUÉ ENTENDEMOS POR VIVIENDA DIGNA

La vivienda es el lugar de donde el ser humano se protege, se resguarda, preserva su intimidad y desarrolla su persona, sus libertades individuales y, principalmente, donde se desenvuelve el máspreciado de los bienes sociales y la estructura social nuclear: la familia. Es una necesidad humana básica, como el alimento, el abrigo o el descanso.

Casi todas las personas poseen vivienda, como lugar donde vivir (aunque muchos viven en la calle, en gravísima situación de riesgo), lo que dista mucho de suponer que la mayoría de la gente posea una vivienda digna. Argentina cuenta con aproximadamente 3.000.000 de viviendas que no entran en esta categoría.

Pero ¿qué entendemos por una vivienda no digna? Según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la Argentina (INDEC) son viviendas precarias de zonas rurales:

los ranchos, con techos de paja, pisos de tierra y paredes de adobe, y las casillas de chapa de las ciudades, los conventillos y los inquilinatos, donde no hay resguardo de la intimidad, y se comparten por ejemplo, los baños entre varias familias, y las viviendas móviles, como habitar en casas rodantes, o vagones de ferrocarril.³

Una vivienda digna, además de tratarse de casa de material, debe contar con las mínimas

3. Informe anual del INDEC, 1998.

condiciones sanitarias para preservar la salud de sus moradores, como agua potable, electricidad o servicio de desagüe cloacal.

Otro grave problema del déficit habitacional es el hacinamiento, que el INDEC considera crítico cuando más de tres personas comparten una habitación dentro de la vivienda.⁴

En la Argentina, como en la mayoría de los países del mundo, el problema comenzó a agravarse con el desarrollo de la industrialización, que trajo como consecuencia una gran migración hacia las ciudades, donde había mayor concentración industrial y, supuestamente, mayor demanda laboral. Así se comenzaron a asentar, de manera irregular, familias de obreros o de desocupados que aspiraban trabajar, en zonas cercanas a las fábricas, en deplorables condiciones.

2.5. LA POBREZA COMO VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA⁵

La población pobre representa el 44.7% de la población del país, lo que equivale a 17.145.034 personas. La indigencia es soportada por el 17% de la población, un total de 6.579.358 habitantes. Las regiones más afectadas son el Noreste y el Noroeste, donde la tasa de pobreza es del 60.3% y 56.4%, respectivamente; mientras que la de indigencia es del 30.4% y 24.5%. La provincia de Buenos Aires concentra el 40.6% del total de pobres y el 38.3% del total de indigentes. Le siguen en importancia la provincia de Córdoba, con el 8.8% de pobres y el 8.4% de indigentes; y Santa Fe, con 8.1% de pobres y 8.4% de indigentes. Tanto la pobreza como la indigencia afectan en forma parecida a hombres y mujeres. Pero donde se evidencia una concentración de estas problemáticas es en la población menor de edad. Más de la mitad de los pobres e indigentes argentinos son menores de 22 años. Al mismo tiempo, la tasa de pobreza para menores de 13 años es de 63.4% y la de indigencia del 30.1%.

En tanto la cantidad de pobres se redujo en el segundo semestre de 2003 en 1.210.421 personas, este achicamiento es inferior en un 54% al observado en el período inmediato anterior, el primer semestre. Lo mismo sucede con los indigentes: la cantidad actual es menor a la de finales del 2003 en 1.292.747 personas, lo que representa una reducción inferior en un 48% a la que se verificó en la comparación del segundo semestre con el primero de 2003.

Además del ingreso, otro criterio utilizado en la Argentina para medir la pobreza es el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI). Este índice se construye contabilizando los hogares que presentan al menos uno de los siguientes indicadores de privación: 1) hacinamiento: hogares con más de tres personas por habitación; 2) vivienda: hogares en una vivienda de tipo inconveniente (pieza de inquilinato, vivienda precaria u otro tipo, lo que excluye casa, departamento y rancho); 3) condiciones sanitarias: hogares que no tienen ningún tipo de retrete; 4) asistencia escolar: hogares que tienen algún niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asiste a la escuela; 5) capacidad de subsistencia: hogares que tienen cuatro o más personas por miembro ocupado, y cuyo jefe no ha completado tercer grado de escolaridad primaria; 6) sin cobertura médica privada u obra social: ninguno de los miembros del hogar está afiliado a una obra social ni adherido a un plan de salud privado ni a una mutual; 7) sin provisión de agua en la vivienda: hogares con abastecimiento de agua dentro del terreno pero fuera de la vivienda, o sin abastecimiento de agua en la vivienda ni en el terreno; 8) con piso de tierra en la vivienda: donde el material predominante de los pisos es tierra; y 9) sin teléfono: los miembros del hogar no poseen teléfono fijo ni celular. El relevamiento realizado en 2001 es revelador acerca del nivel de respeto de importantes

4. Idem nota 2

5. Idem nota 2

estándares de derecho a la vivienda adecuada.

La situación de desempleo es otro factor que incide fuertemente en las estrategias de acceso a la vivienda, y un elemento fundamental al momento de diseñar mecanismos de acceso.

Ninguno de los programas de acceso a la vivienda, a excepción del Programa Techo y Trabajo, ha considerado esta realidad que padece gran parte de la población argentina.

2.6. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA DE VIVIENDA

Amén de las disposiciones constitucionales mencionadas, en Argentina no existe una ley que en forma explícita y directa proteja el derecho a la vivienda adecuada.

No obstante, encontramos algunas normas que indirectamente se refieren al derecho a la vivienda. Así, la ley 14.394 establece el régimen de Bien de Familia (que preserva a la vivienda familiar de embargos, hipotecas y venta); la ley 21.581 crea el Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI), que establece el origen de los fondos y la forma y los criterios de distribución en el país y define a los beneficiarios como personas de recursos económicos insuficientes y el sistema de adjudicación de las viviendas que se construyan con esos fondos; la ley 23.091, del Régimen de Promoción de Locaciones destinadas a Vivienda, establece limitaciones para los contratos de alquileres con el fin de proteger a los locatarios de viviendas, aunque algunas de sus previsiones nunca han sido implementadas; la ley 24.464 crea el Sistema Federal de Vivienda y facilita las condiciones necesarias para posibilitar a la población de recursos insuficientes, en forma rápida y eficiente, el acceso a la vivienda digna, conforme ya lo hemos visto en el Art. 14 de la Constitución Nacional y establece el destino y el control del destino de los fondos; la ley 23.697 (de emergencia económica y reforma del Estado) reguló en los artículos 61 y 62 el procedimiento de enajenación de los inmuebles de jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, posibilitando la transferencia a título oneroso a sus ocupantes o a sus formas asociativas; luego el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto 846/91, creó la Comisión de Tierras Fiscales Nacionales (Programa Arraigo) con el objetivo de impulsar todas aquellas acciones tendientes a lograr la regularización dominial urbana y social de las tierras fiscales nacionales, mediante su transferencia a favor de los actuales ocupantes; la ley 24.374, por último, estableció el régimen de regularización dominial en favor de ocupantes de inmuebles urbanos que tengan como destino principal la vivienda permanente. Estas son sólo algunas de las muchas normas sobre la materia.

2.7. JURISPRUDENCIA

El derecho a la vivienda ha estado casi ausente en la jurisprudencia argentina en los últimos años, pese a existir una ampliación del alcance de protección del derecho a la vivienda, a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos y de un aumento de las violaciones al derecho, como hemos visto precedentemente.

La Corte Suprema de Justicia en la primera mitad del siglo XX acompañó la legislación de emergencia estableciendo que la propiedad privada no era absoluta y podía ser limitada teniendo en cuenta la realidad social. Este criterio aparece en los *leading cases* "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", de 1922;⁶ "Manuel F. Cornú c. José Ronco", de 1924;⁷ y "Oscar Agustín Avico c. Saúl G. de la Pesa", de 1934,⁸ entre otros. Lamentablemente, en la actualidad esto ha caído en desuso y el Código Civil es el elegido a la hora de resolver los conflictos de derecho a la vivienda.

6. Fallos: 136:161.

7. Fallos: 142:68.

8. Fallos: 172:21.

Existen casos que abren nuevos caminos para una jurisprudencia protectora de los derechos habitacionales, como los casos "*Comisión Municipal de la Vivienda C/ Saavedra, Felisa Alicia*" y "*Comisión Municipal de la Vivienda c/ Tambo Ricardo s/ desalojo*", donde el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires declaró –en ambos casos– la inconstitucionalidad del artículo 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires y puso de manifiesto la conexión necesaria entre el derecho a una vivienda adecuada y las garantías del debido proceso. Además, consideró que el hecho de que sea el propio Gobierno quien propicia el desalojo exige extremar los recaudos para asegurar que quien controle la legalidad del desalojo sea una autoridad judicial con suficiente capacidad de revisión de hechos y pruebas, y de consideración de excepciones y argumentos tendientes a oponerse al desalojo. El último de los fallos referidos, además –en el voto de la Jueza Alicia Ruiz– se funda en el derecho de defensa y el debido proceso (Artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 18 de la Constitución Nacional y Artículo 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño, a los que agrega las Observaciones Generales N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada).

Asimismo, en el fallo "*Moron Jorge Luis c/ GCBA*", se ordenó al GCBA a que garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada, a través de los planes existentes hasta tanto cesen las causas que dieron origen al estado de pobreza del actor.

En el caso "*Delfino, Jorge Alberto y Otros c/GCBA*", la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires disponga lo necesario para que los varios grupos familiares sean alojados en un lugar adecuado a sus necesidades y constatan que el alojamiento de los actores (hoteles pagados por el Gobierno de la Ciudad en el marco de un programa de Emergencia Habitacional) no reúne las condiciones establecidas en los programas asistenciales, en tanto se han denunciado serias falencias en las condiciones generales del hotel donde se encuentran alojados. Se consideró probado allí que las irregularidades son de tal gravedad que atentan contra la seguridad y salubridad de las personas.

Si bien los casos anotados no son suficientes para sustentar una nueva visión judicial, sí evidencian un progreso –al menos en el marco de la Ciudad de Buenos Aires– en el respeto del derecho expuesto.

III. LA SITUACIÓN DE LA VIVIENDA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

3.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD

Dice el Art. 31 de la Constitución de la Ciudad:

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve 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; 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva; 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

Por otra parte, a partir del Art. 10,⁹ rigen los derechos consagrados en la Constitución Nacional –entre ellos los ya mencionados–, así como no pierden eficacia los derechos consagrados pero no reglamentados.

3.2. LAS MODALIDADES DE VIVIENDA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES¹⁰

En la Ciudad de Buenos Aires se observan diariamente situaciones de irregularidad en relación al título jurídico de propiedad y al uso del suelo. Entre ellas advertimos:

3.2.1. La *ocupación de tierras fiscales o privadas* sin las condiciones de utilización para residencia, que ofrecen riesgo a la salud o a la seguridad. Generalmente son tierras inundables, sin urbanización, de difícil accesibilidad a los centros de empleo, educación y servicios de salud, donde se potencian los problemas de tierra sin infraestructura por la contaminación de napas freáticas, salinización, cercanía a basurales y a hornos de ladrillo.

3.2.2. La *autoconstrucción de vivienda en lote propio*, que suele darse en zonas alejadas de los centros urbanos, con dificultades de acceso y deficiente infraestructura, en similares condiciones al apartado anterior.

3.2.3. La *ocupación de inmuebles abandonados y toma de casas*, modalidad que se inició a partir de la Ley de Alquileres de 1977, que rompió con una larga tradición de legislación protectora de los locatarios. A partir de la década del 80, tras la reforma del Código de Planeamiento Urbano en la Ciudad de Buenos Aires, la violenta erradicación de villas, la destrucción de viviendas por autopistas con indemnización a propietarios pero sin resolución del problema a inquilinos, la nueva Ley de Locaciones Urbanas (que desprotegió a los locatarios); y frente a la dificultad de acceso a la compra de vivienda de los asalariados, miles de familias ocuparon viviendas en la ciudad de Buenos Aires. El nuevo Código de Planeamiento Urbano privilegia el uso de equipamiento comercial y mantuvo en forma muy restringida el uso residencial del área de localización de los inquilinatos, lo que desata un proceso de especulación inmobiliaria que estimula el desalojo. Al primer tipo de ocupación se lo denomina "casa tomada" y al segundo "asentamiento".

3.2.4. El *inquilinato* es una de las formas más antiguas de habitación en condiciones de gran hacinamiento. Formalmente se trata de piezas de alquiler, cercanas a los centros de empleo. Fue la residencia habitual de los inmigrantes europeos que llegaron al país y luego lograron acceder a la propiedad urbana. Más tarde el inquilinato pasó a ser residencia de inmigrantes internos y de los provenientes de países limítrofes con la Argentina. Pero esta modalidad casi ha desaparecido y fue sustituida por otras formas de habitación hacinada, como los hoteles y las piezas de inquilinato.

3.2.5. *Hoteles, pensiones y piezas de inquilinato*: a partir de 1959, los hospedajes excluidos de la Ley de Alquileres aparecen con esta denominación para disimular la existencia de residentes permanentes, haciéndolos figurar como pasajeros transitorios (aparecen en libro de huéspedes en lugar de tener contrato de alquiler) y con reglamentaciones restrictivas a su permanencia. Este tipo de alojamiento sigue existiendo y las escandalosas condiciones de hacinamiento y maltrato que lo rodean han salido a luz en 2001, a partir de una serie de

9. Art.10: Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.

10. Para la redacción del presente apartado nos hemos basado en el excelente informe citado en la nota 2, el que recomendamos para su lectura pormenorizada (El Derecho a la vivienda en Argentina -Informe de Misión de investigación, 2004-, Centro de derecho a la vivienda y contra los desalojos (COHRE).

denuncias judiciales que pusieron en jaque los programas de emergencia habitacional de la Ciudad de Buenos Aires.

3.2.6. *Villas miseria*: pese a que muchos autores –que para su suerte no citaremos– adjudican su “creación” a los gobiernos de Juan D. Perón, en realidad ya desde 1920 surgen en la ciudad asentamientos de desocupados en la zona de Puerto Nuevo. En la década del 40, con la expansión metropolitana y las migraciones internas, se extendieron por la ciudad y el conurbano. La ocupación de los terrenos fue paulatina, sin acción previa organizada, por sucesivas incorporaciones de miembros. En 1958, una encuesta de la Comisión Municipal de la Vivienda estimaba en 200.000 los habitantes de villas en Capital Federal y Gran Buenos Aires. Las villas ocupan parcelas fiscales o terrenos privados no utilizados. Suelen ser de trazado irregular, con calles interiores que no respetan manzanas ni división en parcelas. Sus construcciones y materiales son precarios, con hacinamiento, insalubridad, deficiencias alimentarias y sanitarias, y falta de servicios. Están fuera de los mecanismos legales del mercado residencial. Durante la dictadura militar padecieron procesos violentos de erradicación, como parte de un plan de renovación urbana, para “embellecimiento de la ciudad” y la organización en la Argentina del Campeonato Mundial de Fútbol 1978. En la actualidad, la mayoría de las familias que las habitan tienen más de diez años de residencia en el lugar, pero siguen padeciendo inseguridad sobre su situación legal.

3.2.7. En menor medida se dan *otras situaciones* como la ocupación de inmuebles de propiedad fiscal, o de propiedad privada, loteos clandestinos, loteos con diferentes grados de irregularidad, propiedad horizontal aplicada a la tierra urbana, venta de lotes rurales como partes indivisas, y situaciones de irregularidad en la tenencia de la tierra y vivienda por ilegalidades derivadas de la compra del lote o de las ocupaciones individuales de lotes abandonados.

Según datos del Instituto de la Vivienda de la Ciudad, el déficit habitacional involucra a 87.000 hogares, el 8.5% de la población porteña. De ellos, 18.600 viven en hoteles y pensiones. En las villas, la población se duplicó en los años 90 y hoy llegan a albergar a 116.000 personas (cerca de 30.000 familias). Sin embargo, hay 40.000 familias en las listas de espera del citado instituto.¹¹

3.3. PROGRAMAS DE REGULARIZACIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

En 1987, la Comisión Municipal de la Vivienda puso en marcha el Plan Piloto de Recuperación, Renovación e Integración Urbana de Villa 6, que se convertiría más tarde en un modelo de referencia para el resto de los asentamientos. De esta manera se inició un proceso de integración física y social con vistas a lograr que, finalmente, los asentamientos precarios se constituyan en barrios urbanos similares a otros existentes.

El marco normativo está reglamentado por la Ordenanza N° 44.873, de 1989, en la cual se dispone la apertura de calles conforme a las trazas diseñadas, y se establecen las normativas urbanísticas para el Distrito U 31 (carácter, subdivisión, usos, disposiciones particulares, etc.) y la modalidad de la operatoria de venta.

Finalmente, el Plan Piloto se instrumentó a partir de la ley 148, de 1998, “De atención prioritaria a la problemática social y habitacional en las villas y núcleos habitacionales transitorios”. Esta ley creó una Comisión Coordinadora Participativa (C.C.P.) para el diagnóstico, propuesta, planificación y seguimiento de la ejecución de las políticas sociales habitacionales a desarrollarse en el marco de la Ley.

11. Datos obtenidos por consulta telefónica del autor con funcionarios del citado organismo, Abril de 2009.

Sin embargo, estas políticas no han tenido la llegada esperada en otras villas de la ciudad. Una de las razones recae en la paralización de estas políticas y del plan en concreto durante varios periodos de gobierno.

3.4. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Nuestra Constitución Nacional consagra el derecho a la propiedad privada. En efecto, el Art. 14 dice que "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber...de usar y disponer de su propiedad..."

Por su parte, el Art. 17 dice que "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley..."

Asimismo, el Derecho a la propiedad privada, su uso y disposición y su inviolabilidad se encuentran consagrados en muchos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que hemos referenciado y que forman parte de la Constitución Nacional, a través del Art. 75 Inc. 22.¹²

La Constitución de la Ciudad, en su Art.12, dice que "La Ciudad garantiza:(...) 5. La inviolabilidad de la propiedad. Ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley".

Entonces, el derecho a la propiedad privada se erige en uno de los bastiones irrenunciables de una república democrática, y que tanta sangre históricamente ha costado. Hoy por hoy, no se piensa en un estado de derecho donde tal principio no sea respetado. Y la Ciudad de Buenos Aires, en particular, es el centro urbano que mayores propiedades concentra. Paralelamente, junto con el Gran Buenos Aires, son los dos centros más problemáticos en lo que a déficit habitacional, toma de casas, pobreza y problemas de vivienda se refiere.

La colisión entre el Derecho a la Propiedad y el Derecho a la Vivienda es permanente. ¿Cuál debe primar? ¿Qué contrapeso debe hacerse? El político, el legislador y el juzgador se enfrentan a esta pregunta todos los días de su tarea y siguen –y seguirán– sin poder llegar a una conclusión justa para todos. Es entonces donde los diferentes estamentos del Estado, valga la redundancia, deben efectuar sus aportes para intentar una respuesta al menos integral, aunque seguramente no satisfactoria.

Hoy en día, en la Ciudad de Buenos Aires –y en buena parte del país– el Derecho a la Propiedad se enfrenta a los problemas habitacionales descriptos, a través de dos institutos jurídico-judiciales: uno de carácter eminentemente civil, que es la acción de desalojo y otro de carácter penal, que se apoya en la figura prevista en el Art. 181 del Código Penal y que es la usurpación.

Seguidamente haremos un análisis pormenorizado del instituto de la Usurpación y luego veremos cómo se aplica –y evita aplicarse– en la Ciudad de Buenos Aires.

IV. LA FIGURA DE USURPACIÓN DE INMUEBLES

Dice el Artículo 181 del Código Penal:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro,

12. Arts.11 y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art.17 PIDCP, entre otros.

total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.

2. El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo.

3. El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

4.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

4.1.1. El Proyecto Tejedor

La primera recepción nacional de la antigua figura de la usurpación se produce, como la gran mayoría de nuestras figuras típicas, en el Proyecto de 1886 que redactara el Dr. Carlos Tejedor.

Este proyecto fue nuestro primer ensayo de codificación penal general. Fue encargado por el Poder Ejecutivo Nacional, a cargo de Bartolomé Mitre, el 5 de Agosto de 1864, al Dr. Carlos Tejedor, por entonces titular de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires y elevado al Dr. Eduardo Costa, Ministro de Justicia de Mitre, en su primer parte, el 5 de diciembre de 1865. En sus disposiciones de Parte General, Tejedor manifiesta seguir al Código Penal de Baviera de 1813, obra del maestro alemán Paul A. Von Feuerbach, a los comentarios de Joaquín F. Pacheco –quien redactara el Código español de 1848-50– y a la doctrina francesa, a través de Adolphe Chauveau. En la Parte Especial, Tejedor se apoyó en el Código peruano de 1862 y en el Código español antes mencionado. De más está aclarar que el Proyecto del Dr. Tejedor no fue sancionado como código nacional, pero en virtud del viejo artículo 108 de la Constitución Nacional, fue adoptado como código penal por ocho provincias, entre las que destacaba la de Buenos Aires.

En lo atinente a la figura que aquí analizamos, en el Libro II, “De los crímenes, delitos y sus penas”, Sección I, Título VIII, “De los Delitos contra la Propiedad particular”, Capítulo II, “De la usurpación”, el Artículo 1 distingue dos supuestos: el despojo producido mediante violencia –primer párrafo– y aquel cometido por fraude o astucia –segundo párrafo. Ésta segunda figura, obviamente, tiene prevista una escala penal menor que su antecesora. Dice entonces el Art. 1:

El que empleando violencia despoje a otro de una cosa raíz, o de uso, usufructo o servidumbre que en ella goce, sufrirá un año de prisión y multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes, según la entidad de lo usurpado y la calidad de la violencia. Si el despojo se cometiese por fraude o astucia, la pena corporal será arresto de uno a tres meses, sin perjuicio de la pena pecuniaria.

El Art. 2 dice:

En la misma pena de uno a tres meses de arresto y multa veinte y cinco a quinientos pesos fuertes incurrirá el que para cometer usurpación destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades.

Como se observa, los hoy Arts. 181 Inc.1º e Inc.2º tienen su antecedente en estas disposiciones.

Pacheco, comentando la primera disposición, dice:

Lo que el Código llama usurpación, se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes, y por nuestra práctica ordinariamente se ha visto como un punto civil, y se ha reparado con la restitución

preferentemente y erga omnes, al que lo sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parecemos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menor contra el orden y la tranquilidad pública. Si se obra sabiendo que en efecto es ajeno al derecho o al inmueble no hay necesidad de otra reflexión para convencer de lo que indicamos, aun cuando se obre, y se la usurpe teniéndole por propio, siempre se comete un atentado con sustitutos a la acción de la Justicia. Según el Derecho Canónico, había hurto en toda usurpación, *furti nomini bene intelligentur omnis illicita usurpatio rei alienx*. En el Código de Baviera véanse los arts. 422 y 423; en el austríaco, arts. 72 y 73; en el napolitano, arts. 426 y 427; en el derecho romano, 1.7, Tit.4, Lib. 8, Código; en las antiguas leyes españolas, 1.2, Tit. 1, Lib. 8, Fuero Juzgo, 1.4., Tit. 4, Lib. 4, Fuero Real, 1.10, Tit. 10, p.7 y 1, Tit. 34, Lib. 11, Novis. La usurpación supone necesariamente que la cosa puede ser transportada de un lugar a otro. No puede haber pues, hurto de inmuebles, *fundi fruti aji non posse* (L.25, D. de furtis). Por la misma razón, el hurto no puede tener por objeto una cosa incorporeal, un derecho, la sustracción es un acto físico, y no puede ejercerse sino sobre un objeto material. *Res incorporales nec tradi, nec possideri possunt*. Así también los diversos fraudes que tienen por objeto apoderarse de las cosas de otro no pueden colocarse en la clase de hurtos, desde que se cometen de otro modo que por la sustracción. De esto son un ejemplo los hurtos de uso o posesión de las antiguas leyes (Baigún y Zaffaroni, 2008:724-725).

4.1.2. El Proyecto Villegas – Ugarriza – García de 1881

Elaborado por tres personalidades muy importantes de la época, como Sixto Villegas,¹³ Andrés Ugarriza¹⁴ y Juan Agustín García,¹⁵ este proyecto mantuvo en lo esencial las disposiciones que redactara Tejedor anteriormente, concentrándolos en el Art. 316, que dice:

Se impondrá la pena de prisión media al que, empleando violencia, despoje a otro de una cosa raíz o del uso, usufructo o servidumbre que en ella goce. La pena será de arresto medio si la usurpación se hubiese cometido por medio de fraude o astucia. La misma pena se impondrá al que, por cometer usurpación, destruya o altere los términos linderos de las fincas o heredades.

4.1.3. Código Penal de 1886

Con una poderosa influencia del Código español de 1870 y modificado y luego adoptado por la Provincia de Córdoba como código penal el 14 de agosto de 1882, el proyecto de Villegas, Ugarriza y García fue presentado a la Cámara de Diputados el 11 de mayo de 1881 y luego de un extenso y acalorado debate según rezan los diarios de sesiones de entonces, no

13. Sixto Villegas nació en Buenos Aires en 1831. Estudió en la Universidad de Buenos Aires, donde se graduó en Jurisprudencia en 1851. En 1855 fue nombrado relator del Supremo Tribunal de Justicia. En 1857 emitió su fallo en la causa contra el General Juan Manuel de Rosas. Integró la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1875 y 1881. Ese año, falleció en funciones.

14. Andrés Ugarriza, miembro de una de las familias más tradicionales de Salta e integrante de lo que se conoció entonces como Pacto Oligárquico, se había desempeñado en 1868, como Ministro Plenipotenciario del Presidente Mitre, para luego ser electo diputado nacional, en la presidencia de Sarmiento. A comienzo de los 80, luego de haber finalizado su primer mandato, fue apoderado de Pío Urriburu, poderoso gobernador finisecular de Salta, en los negocios vinculados a la explotación de los ingenios de San Isidro y La Esperanza, en sociedad con las familias propietarias de esos establecimientos, los Fernández Cornejo, los Aráoz y su hermano Ángel Ugarriza –primer jefe del Registro Civil inaugurado en Salta en 1899. Fue candidato a gobernador y perdió con el Coronel Sola. Salvo por su participación en la Comisión del Proyecto de 1881, no se le conocen otros méritos jurídicos.

15. Juan Agustín García perteneció a una de las familias más ilustres de la Provincia de Buenos Aires. Estudio en el Colegio Nacional de Buenos Aires y se recibió de abogado en la Universidad de Buenos Aires. De fuertes vínculos con el mitrismo, en 1859 fue electo diputado nacional por la campaña bonaerense. Anteriormente, junto a otros juristas como Miguel Navarro Viola, había caricaturizado al Gral. Urquiza en el burlesco *Padre Castañeda*, un folletín de humor político luego clausurado por los liberales. Fue uno de los diputados, junto a Ugarriza, que Roca eligió para intentar llegar a la presidencia. Luego fue ministro de Miguel Juárez Celman. Su hijo, homónimo y abogado como él, fue uno de los representantes de la nueva Historiografía Social Argentina, a través de su ensayo *La Ciudad Indiana*, de 1900.

fue aceptado, y el Congreso terminó por sancionar, sobre la base del Proyecto Tejedor –que había sido preservado por sabios y previsores legisladores del interior, el primer Código Penal para la Nación, a través de la Ley 1920,¹⁶ el 7 de diciembre de 1886. Este Código Penal entró a regir el 1 de febrero de 1887 y se ajustó la numeración de sus artículos en una forma más sistemática que la ensayada por Tejedor.

El Art. 196 de este digesto decía:

El que empleando violencia despoje a otro de una cosa raíz o del uso, usufructo, habitación o servidumbre que en ella goce, sufrirá de uno a tres años de prisión y multa de veinticinco a quinientos pesos fuertes, según el valor de lo usurpado y la calidad de la violencia. Si el despojo se hubiese cometido por medio de fraude o astucia, la pena será de arresto de un mes a tres, sin perjuicio de la pena pecuniaria.

Seguidamente, el Art. 197 dice:

Incurrirá en la pena de tres meses a un año de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, el que para cometer usurpación destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades.

4.1.4. Proyecto de 1891

El 7 de junio de 1890, el Poder Ejecutivo Nacional, a cargo por ese entonces del Dr. Miguel Juárez Celman, comisionó a Norberto Piñero,¹⁷ Rodolfo Rivarola¹⁸ y José Nicolás Matienzo¹⁹ para proyectar la reforma al Código que entrara en vigencia tan sólo tres años antes y que evidenciara graves fallas, tales como la falta de armonía en la legislación penal y cierta falta de sintonía con los tormentosos momentos políticos que vivía el país. Recuérdese que Juárez Celman llegó a la presidencia en 1886, merced a las elecciones fraudulentas ganadas por el Partido Autonomista Nacional y que luego de acusaciones de malversación de fondos, corrupción generalizada, crisis económico-financiera, autoritarismo, coronados con la llamada “Revolución del Parque” de Leandro N. Alem, tuvo que renunciar el 5 de agosto

16. Según se continuaba aun con la numeración antigua de la Provincia de Buenos Aires.

17. Norberto Piñero nació en Buenos Aires, en 1858, en el seno de una acaudalada familia de la provincia. En 1882 finalizó su doctorado en leyes en la Universidad de Buenos Aires, donde asimismo era uno de sus docentes más respetados. Luego del trabajo aquí referido junto a sus colegas de cátedra Rivarola y Matienzo, fue interventor de la provincia de San Luis, en 1896. En 1900 fundó la Sociedad para la Educación Industrial, un colegio tecnológico ya desaparecido. En 1906 fue nombrado ministro de Educación de José Figueroa Alcorta. En 1913 ayudó a fundar el Colegio de Abogados de Buenos Aires, entidad católica y conservadora, de la cual fue su primer presidente. Fue candidato a las elecciones presidenciales en 1922 por la Concentración Nacional, perdiendo con Marcelo T. de Alvear. Admirador confeso de Mitre, fundó una sociedad en su honor y ya retirado, falleció en 1938.

18. Rodolfo Rivarola nació en Rosario en 1857. Sociólogo, pedagogo y juriconsulto, estudió en el colegio Nacional del Uruguay y se graduó de abogado en la Universidad de Buenos Aires. Profesor, consejero y decano de la facultad de Filosofía y letras de Buenos Aires y varias veces delegado en la Universidad por la misma Facultad; profesor sustituto de derecho civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; decano y profesor de derecho penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata y presidente de esta Universidad. Académico de la facultad de Filosofía y Letras y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; socio honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid; de la Société Académique d'Histoire Internationale de París y de la American Academy of Political and Social Science de Filadelfia. Fundó y dirigió la *Revista de la Universidad de Buenos Aires* y la *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, que luego dirigieron sus hijos.

19. José Nicolás Matienzo nació en Tucumán en 1860. En 1882 se doctoró en leyes en la Universidad de Buenos Aires, en el mismo acto que Piñero. Fue asesor legal del ministro de obras públicas, en 1885. Ocupó un lugar en el directorio de la Comisión Regulatoria de Ferrocarriles, de Emilio Mitre y luego fue juez civil en La Plata hasta 1890. Apoyó al PAN, pero se desencantó con el gobierno despótico de Juárez Celman, llegando a asesorar jurídicamente a los revolucionarios de 1890. Luego de terminado el proyecto, fue senador en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. En 1907 fue Ministro de Trabajo de Figueroa Alcorta y en 1916 fue Procurador General de la Nación, con Yrigoyen. En 1927 renunció a su cátedra y se unió al Partido Socialista de Juan B. Justo. Ya anciano, fue diputado nacional por Tucumán, falleciendo en 1936 en pleno mandato.

de 1890, delegando el poder en su vicepresidente, Carlos Pellegrini.

El Proyecto, presentado en junio de 1891, que legislaba sobre delitos y faltas nacionales, unificó la legislación penal existente en los diferentes cuerpos, en la ley 49 y en el fallido Código de 1886. Además de revisar el elenco de los delitos de aquél, llenó sus vacíos respecto a la aplicación de la ley penal en el espacio, conservando las fuentes de origen español.

Este Proyecto presentó el aporte preponderante de los códigos italiano de 1889, húngaro de 1878, holandés de 1881 y belga de 1867, considerados como la última y mejor legislación criminal codificada existente.

No obstante su riqueza jurídica y del monumental esfuerzo que significó sistematizar toda la legislación desperdigada, sólo logró dictamen favorable en la Comisión de Diputados, aunque luego serviría de base para las reformas introducidas en el Código de 1886 por la ley 4.189, del 21 de agosto de 1903. Su poco éxito político se debió a que, entre otras razones, la opinión de entonces, especialmente la de parte de los positivistas –dueños absolutos entonces de la escena político-criminal del país–, fue adversa a la reforma.

Como mencionamos más arriba, el principal aporte de este Proyecto, quizás el objetivo por el cual Juárez Celman estableció la Comisión, fue el de armonizar y elevar las penas de los llamados “Delitos Públicos”, en especial los de motín, sedición, rebelión, asonada y traición. Como vimos también, los positivistas renegaban esta clase de delitos y quizá por ello no logró consolidarse y sancionarse el cuerpo. Así, tenemos que este proyecto fue elaborado en plena época revolucionaria, con las advertencias que esto debe ocasionar en el lector.

A nuestro respecto, este proyecto modificó el criterio anteriormente traído, suprimiendo la referencia a los distintos medios empleados para el despojo e incorpora nuevas hipótesis en tres incisos, que se mantienen en el esquema actual incluso –aunque con distinta redacción. Decía el Art.219:

Será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos (...) 1. El que despojare a otro de algún bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2. El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3. El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión sobre un inmueble.

En la exposición de motivos, los autores dijeron:

En el número 1 del Art. 219, comprendemos los casos del Art. 196 del Código Penal, sin referencia al medio usado para el despojo, pues sea aquel, la violencia, el fraude o la astucia, los jueces encontrarán suficiente latitud en las disposiciones generales y en la medida de la pena para tomarlo en cuenta. El Art. 197 del Código Penal, referente a la alteración o destrucción de términos o límites, está reproducido en el número 2 del Art. 219 del proyecto. La turbación de la posesión con violencias o amenazas es un hecho no previsto como delito en el Código actual: no basta proteger la posesión en sí misma; es indispensable mantener o asegurar la tranquilidad de la posesión. En cuanto a la pena, en estos casos, el Código fija las de prisión y multa y las de arresto y multa. Siguiendo nuestro propósito, ya explicado, de no reprimir con dos penas principales un solo hecho, conservamos en este caso la multa, aumentada en compensación de las penas corporales suprimidas.

4.1.5. Código Penal de 1903 y Proyecto de 1906

Como ya hemos dicho, el Código penal reformado de 1903, que fuera consagrado mediante la ley 4189, mantuvo los lineamientos expresados en el Código Penal sancionado en 1886.

Frente a la situación enunciada en el apartado anterior, el Poder Ejecutivo, ahora a cargo del ya enfermo Dr. Manuel Quintana –jugando un rol preponderante su vice y luego sucesor, José Figueroa Alcorta– dispuso el 9 de diciembre de 1904 la revisión del Código de 1886 por una comisión formada, además de Piñero y Rivarola, que se habían desencantado con los “Autonomistas” y eran bien vistos por Figueroa, por Francisco Beazley,²⁰ Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa y José María Ramos Mejía. Estos dos últimos fueron dos de los considerados pioneros en la instalación de la Scuola Positiva italiana en Argentina y eran eminencias en el derecho penal y en la criminología.

El Proyecto fue presentado al Poder Ejecutivo Nacional el 10 de marzo de 1906 y remitido al Congreso el 1º de septiembre. El entonces Diputado Rodolfo Moreno (h)²¹ fue quien dio el último impulso y lo presentó y defendió como proyecto de reforma.

En la temática de la usurpación, dijo Moreno en la Exposición de Motivos:

En el delito de usurpación queremos evitar hechos que no están comprendidos en el Código y que, sin embargo, violan la propiedad raíz en una forma perfectamente delictuosa. El individuo que por violencia, engaño o abuso de confianza se apodera, instalándose como en casa propia, de una casa desocupada, hecho que tantas veces se comete especialmente en las grandes ciudades, priva de uno de los atributos de la propiedad, causa un perjuicio considerable, y es por tales razones y por la audacia del acto merecedor de una pena. A fin, pues, de proteger la propiedad inmueble contra estos atentados y otros análogos, extendemos el concepto de la usurpación, disponiendo que la comete el que, por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real, o al que con violencia o amenaza turbase la posesión de un inmueble (Donna, 2007:729).

20. Francisco Beazley era nieto de un marino norteamericano que luchó junto a Brown en la Guerra del Brasil y contra él durante el sitio de Montevideo. Fue subsecretario del Ministerio del Interior. En 1896 fue nombrado Jefe de la Policía de Buenos Aires, cumpliendo una notable labor, con medidas acertadas que mejoraron el nivel de la tropa y la capacidad de sanción, creando instituciones tales como el Buen Pastor para mujeres contraventoras. Al dejar este cargo en 1904 y luego de terminada la tarea anotada, fue interventor de la Provincia de San Luis. Fue socio del Club del Progreso y del Jockey Club, institución que llegó a presidir y aun hoy lo recuerda con un clásico que lleva su nombre.

21. Rodolfo Moreno (hijo) se educó en Buenos Aires y egresó como abogado de la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1900, obteniendo ese mismo año el doctorado en jurisprudencia por la misma casa de altos estudios, con una tesis titulada “*Proteccionismo industrial*”. Ejerció muchos años como profesor de literatura en el Colegio Nacional de La Plata, más tarde como profesor titular de derecho civil en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, miembro del Consejo Académico y secretario de la misma facultad y profesor titular de derecho penal en la facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue miembro, también, de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales. Fue miembro del partido Conservador de la provincia de Buenos Aires, tuvo una actividad política brillante, siendo electo diputado nacional por dicha provincia durante cuatro períodos consecutivos (en uno de esos períodos transcurre la obra que se anote); fue ministro de Obras Públicas bonaerense en 1913-1914, ministro de Gobierno en 1914 y 1934, secretario de la Procuración General de la Suprema Corte provincial y representante letrado de la Provincia en la Capital Federal. En 1931, fue designado ministro interino de Hacienda, para ser, luego, presidente de la comisión de Reforma Constitucional de la Convención Constituyente de la Provincia (1934), y presidente de la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles (1935-1938). Posteriormente, aceptó el cargo diplomático de enviado extraordinario y ministro plenipotenciario en Japón, donde estuvo destinado en 1939-1940, en los comienzos de la Segunda Guerra Mundial. Vuelto a la Argentina, fue electo, en 1941, gobernador de la provincia de Buenos Aires, cargo que ejerció hasta 1943, destituido por el golpe militar de ese año. Como gobernador, emprendió la ejecución de un plan completo de construcciones carcelarias, designando a Roberto Noble, futuro fundador del diario *Clarín*, como ministro de Gobierno. Si bien todas sus obras son destacables, merece un capítulo aparte *El problema penal*, que data de 1933, en la que enumera las problemáticas delictuales de su tiempo, que son de novedosa actualidad, las que emanan, según su criterio, de “los focos de mala vida”, explotándose sobre ciertos criterios de los criminales y sus organizaciones, contra quienes, dice, debe existir una defensa constante y enérgica, enumerando entre los elementos tolerados, consentidos o estimulados los “guapos de profesión, los batidores, la trata de blancas y jugadores de oficio”. Falleció en Buenos Aires, el 20 de noviembre de 1953. Había estado casado con Emilda Flores Levalle, con quien no tuvo hijos.

Así, el Art. 197 de dicho Proyecto dice:

Será reprimido con prisión de un mes a dos años: Despojo. 1. El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble. Alteración de límites. 2. El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo. Turbación de la posesión. 3. El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión de un inmueble.

4.1.6. Proyecto de 1917 y Código Penal de 1921

El Proyecto de 1917 mantiene la fórmula del Art. 197, trasladándola al Art. 181, el cual queda intocable, incluso en la ubicación en el Código Penal vigente, de 1921, que sobrevive, entre idas y vueltas, hasta 1995.

4.1.7. Proyectos posteriores²²

El Proyecto Coll-Gómez, de 1937, mantiene el esquema previsto en lo ya visto, agregándose otros medios comisivos del despojo –fraude o astucia–, así como también el supuesto del “tenedor que impide el ejercicio del derecho legítimo”, explicándose esto en la Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto encomendado por el Poder Ejecutivo (Decreto del 19/09/1936).

El Proyecto Peco, de 1941, unifica la usurpación de inmuebles y de aguas en un mismo artículo y en una norma separada legisla la turbación de la posesión.

El Proyecto De Benedetti, de 1951, propone separar la usurpación de inmuebles de la usurpación de aguas e incorpora agravantes para este último supuesto.

El Proyecto de Sebastián Soler, de 1960, conserva el espíritu del Art. 181, introduciendo modificaciones que tienden a aclararlo, para abarcar nuevos paradigmas que surgieron desde 1921.

El Decreto-Ley 17.567, de 1968, que toma la posta del Proyecto Soler, introduce variantes en los medios comisivos, como las amenazas y la clandestinidad y estableciendo una pena menor para la turbación.

La ley 20.509, del Gobierno del Dr. Cámpora, deroga la legislación de facto, volviéndose a la redacción de 1921.

El Decreto-Ley 21.338, de 1976, deroga la ley 20.509 y retoma los dictados del Proyecto Soler y del Decreto 17.567/68 de facto.

La ley 23.077, del gobierno del Dr. Alfonsín, deroga las normas de facto y retoma la letra de 1921.

Finalmente, la ley 24.454, de 1995, nos da la letra que hoy tiene la norma y que se encuentra anotada previo a estos antecedentes.

En el aspecto procesal, las leyes 26.357 (nacional) y 2257 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), transfieren la competencia sobre esta norma a la esfera del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya efectividad rigió a partir del 9 de junio de 2008.

²². Véase una construcción más detallada de la evolución legislativa en Baigún y Zaffaroni (2007:724-732).

4.2. LAS DISTINTAS FORMAS DE USURPACIÓN EN LA LEY ARGENTINA

Según el Art. 181, las acciones típicas previstas son tres:

1. El despojo;
2. La turbación de la posesión;
3. La destrucción o alteración de términos o límites.

4.3. USURPACIÓN MEDIANTE DESPOJO

Dice el Inc.1º del Art. 181:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años (...) El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes.

4.3.1. Bien jurídico protegido

Según la ubicación sistemática dada al delito en análisis, en indudable afirmar que el bien jurídico que se protege es la propiedad. Esto, además, guarda perfecta consonancia con el Derecho consagrado desde el Art. 17 de la Constitución Nacional y con nuestra creencia que el Derecho Penal y el ordenamiento penal no deben ser más que meras reglamentaciones de aquellos derechos consagrados en la Carta Magna, en toda su extensión. Ahora bien, debemos distinguir un aspecto. No se trata aquí del derecho de propiedad constitucionalmente previsto –por más que el derecho penal sea una especificidad de la Constitución– ni tampoco debe asimilarse el derecho real de dominio con el derecho de propiedad en cuanto bien jurídicamente protegido en el Código Penal. En el primer caso, rige una relación de género-especie, y en el segundo caso, una relación de especie-género (Clemente, 2001:20-22).

Dentro de la propiedad, se protege la propiedad inmueble en concreto y se extiende al dominio, a varios de los derechos reales²³ que contiene el Código Civil e incluso al mero hecho de la tenencia²⁴ o de la posesión.²⁵

Obviamente, como señala Donna, se le ha prestado muchísima mayor atención a la protección de bienes muebles que de bienes inmuebles, habida cuenta de las características de movilidad, fácil desaparición y ocultamiento que presentan los primeros respecto de los segundos (Donna, 2007:730).

Dice Carlos Creus (2000) que:

la ley no protege propiamente al dominio, sino al ejercicio de las facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre él, ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones, o sea la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permita la ocupación total o parcial del inmueble.

23. Según el Art. 2503 del Código Civil, son derechos reales: el dominio y el condominio; el usufructo; el uso y la habitación; las servidumbres, el derecho de hipoteca; la prenda; la anticresis y la superficie forestal. Salvo la hipoteca, la prenda y la superficie forestal, por razones obvias, todos los restantes derechos reales enumerados taxativamente se consideran protegidos dentro del Bien Jurídico.

24. Dice el Art. 2352 del Código Civil: El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho .

25. Dice el Art. 2351 del Código Civil: Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad .

En el despojo del bien inmueble como infracción, no se considera protegido solamente el dominio o el derecho real que se halla constituido sobre él, sino también la relación fáctica de tenencia o posesión sin derecho a ellos. Así las cosas, es que en nuestra opinión resulta indiferente el examen de la legitimidad del título que dé el derecho a tener o poseer el inmueble en cuestión. Como ejemplos, podemos citar los cientos de casos en los que un tenedor de un inmueble de varias décadas se ve usurpado por un grupo de personas y a la hora de demostrar burocráticamente su derecho, no puede hacerlo, dado que ha perdido –o ni siquiera tiene– un papel que le permita mostrar que adquirió el bien legalmente, pero ¿quién puede dudar del derecho de este hombre que durante años vivió allí, desarrolló una familia, pagó impuestos, sostuvo el inmueble, etc.?

Debe tenerse en cuenta que la protección alcanza al bien inmueble en principio, así definido en el Art. 2314 del ordenamiento civil de fondo (son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre).

No pueden ser objeto del delito de usurpación los inmuebles por accesión física (Art. 2316, Código Civil)²⁶ ni los inmuebles por su carácter representativo (Art. 2317)²⁷ y para decirlo más genéricamente: ningún inmueble que no lo sea por su propia naturaleza.

4.2.2. Tipicidad

4.3.2.1. Tipo objetivo

En primer lugar, debemos preguntarnos, ¿de qué se despoja? Creemos que se despoja de la tenencia o la posesión del inmueble o la titularidad y/o cuasi-posesión de un derecho real sobre éste, conceptos que ya hemos enunciado previamente, con su cita legal correspondiente.

Siguiendo a Donna (2007), diremos que comete despojo "aquel que mediante un acto de violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad, priva la posesión, tenencia o cuasi-posesión de un bien inmueble a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derecho a ellos".

En lo fáctico, el despojo puede ser total o parcial. Será total cuando se priva al sujeto pasivo de la posesión o tenencia de un inmueble en su integridad o totalidad y lo será parcial cuando sólo se lo priva de una parte de éste y siempre que aquélla posea cierta individualidad e independencia (Baigún y Zaffaroni, 2007:745).

Clemente distingue al despojo de la mera turbación, contenida en el inciso 3º, señalando que debe distinguirse lo que constituye un verdadero despojo o desapoderamiento, que excluye total o parcialmente al ofendido del uso y goce del inmueble, de los actos que sin alcanzar ese efecto implican restricciones o molestias a su goce, porque ellos pueden configurar otro delito previsto en este mismo artículo, la turbación de la posesión (Clemente, 2001:66).

Es claro que la acción del despojo requiere de una actividad (disvalor de acción) y de un resultado (disvalor de resultado), doble condición necesaria para poder determinar el momento consumativo de la figura. Donna (2007:734) complementa diciendo que:

para que se complete el despojo, el sujeto debe actuar despojando y lograr el efecto del despojo. Es

26. Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente.

27. Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis.

decir, el concepto de despojo en el delito de usurpación se caracteriza por una doble consecuencia: por un lado, el tenedor debe resultar desplazado, por otra, el usurpador debe haber realizado esa exclusión por medio de actos que lo habiliten a permanecer en la ocupación, es decir, que debe estar en condiciones de subrogar a la víctima.

Creus (2000:559) nos dice:

Para ser típico, el despojo debe estar signado por la finalidad de permanecer en el inmueble ocupándolo: el que priva de la tenencia al sujeto pasivo fugazmente, con voluntad de no permanecer en él, podrá quedar comprendido en otros tipos (por ejemplo, sólo turbar la posesión), pero no en el que estudiamos.

4.3.2.1.1. Medios comisivos de la figura

El despojo *per se* no alcanza a tipificar el delito de usurpación para la ley argentina. Debe ir acompañado siempre de uno de los medios comisivos que se enuncian, esto es, la violencia, el engaño, el abuso de confianza y/o la clandestinidad. La mera negativa de entrada no constituye medio comisivo alguno y por ende, no hay usurpación.²⁸

Violencia

El despojo mediante violencia física se da cuando la ocupación del inmueble es adquirida o mantenida por vías de hecho, acompañada de violencia física o moral.²⁹ Donna (2007) nos dice que es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto las personas o las cosas. Se llega a admitir aun el uso de medios hipnóticos o narcóticos que puedan tener por efecto la expulsión de la persona del inmueble, o el impedimento para que entre en él, o simplemente la reducción de la persona a la inacción dentro de aquél (Donna, 2007:735-736).

Muy acertadamente, Creus (2000:587) –vigente aún en algunos aspectos– afirmó que aquí, el término “violencia” no guarda identidad con la acepción utilizada en la figura de robo, sino que violencia es tanto el sentido antes afirmado, como también la fuerza que se despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p.e. una puerta, un candado o una cerradura).

Amenazas

No es sino la parte moral de la violencia, también llamada jurisprudencial y doctrinariamente “intimidación”. Es un modo de compulsión moral, cuyo instrumento es una exigencia ilegítima que se hace a otro. El concepto, en este caso, es idéntico al utilizado en la figura del Art. 149 bis del Código Penal.

Engaño

Se logra el despojo por este medio comisivo cuando el autor logra la ocupación por medio de una conducta contraria a la verdad, usando o no un ardid, siempre que resulte eficaz, esto es, que induzca a error al sujeto pasivo. La víctima del engaño puede ser tanto el ocupante del inmueble como un tercero del cual dependa el acceso al inmueble (p.e. el encargado, un juez en un proceso). Más allá de la conducta ardidosa, lo que interesa es que

28. Ello fue establecido y permanece vigente desde el Plenario Signorelli Gallo, de la CNCorr., del 12/12/1969, publicado en L.L. 137-89.

29. Ello según el Art. 2365 del Código Civil que dice: “La posesión es violenta, cuando es adquirida o tenida por vías de hecho, acompañadas de violencias materiales o morales o por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia sea por sus agentes”.

haya inducido a error al sujeto pasivo (Soler, 1987).

Abuso de confianza

Aquí, el autor despoja al sujeto pasivo mediante el aprovechamiento de la confianza que se le ha depositado, al permitirle el acceso al inmueble, manteniéndose en él como ocupante o interviniendo el título en virtud del cual se le permitía la tenencia o el goce de otro derecho real sobre el inmueble (Donna, 2007:737).

Debe tenerse en cuenta que es un medio comisivo que no siempre se equipara a la interversión del título. Lo esencial aquí es que quien abusando de la buena fe que le ha sido dispensada, permitiéndole el acceso al inmueble o su uso o el uso de un derecho real, luego, despoja al sujeto pasivo (Donna, 2007:738). En cambio, la interversión del título exige una codificación de la naturaleza jurídica de la ocupación del inmueble que se ocupa. Como ser el mero tenedor que se arroga el carácter de inquilino.

Clandestinidad

Este medio comisivo fue agregado por la reforma de la ley 24.454 –que ya anotáramos en los antecedentes– y que también hemos visto al comentar el Proyecto de 1906.

La clandestinidad tiene una clara definición, en lo que a nuestra temática se refiere, en el Código Civil. Dice el Art. 2369:

La posesión es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse.

De esta lectura, surge que habrá clandestinidad en tres situaciones distintas: por la realización de actos ocultos para tomar el inmueble, por aprovechar la ausencia del sujeto pasivo para tomar el inmueble, o tomando precauciones para evitar que quien tenga un derecho de oposición no pueda ejercerlo, por desconocer la toma.

De esta forma, podemos decir que el concepto de clandestinidad, en la usurpación, es un elemento normativo del tipo objetivo.

4.3.2.1.2. Sujetos del delito

Teniendo en cuenta la fórmula prevista en la norma, cualquier persona física puede ser sujeto activo del delito de usurpación. Resulta irrelevante la calidad del sujeto activo para el caso, así como la relación de parentesco que pueda existir entre autor y víctima (Clemente, 2001:60).

Sujeto pasivo del delito puede ser la persona física o jurídica poseedora o tenedora de un inmueble que lo tiene bajo su esfera de custodia, teniendo el "corpus" bajo su poder, por un título autónomo o propio, ejerciendo actos de control sobre el bien, excluyendo la existencia contemporánea de un poder de otro (Clemente, 2001:62).

Se descarta como sujeto pasivo a quien tiene un derecho real sobre el inmueble sin ejercerlo efectivamente, en cuyo caso y según el Art. 2468³⁰ del Código Civil podrá reclamar por las vías correspondientes (Clemente, 2001:62).

30. Dice el Art. 2468: Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales.

El tenedor podrá ser considerado sujeto pasivo de este delito siempre y cuando ejerza un dominio de hecho sobre la cosa, que se traduzca en uso y goce, aunque posea en nombre de otro (Baigún y Zaffaroni, 2007:756).

Hay un caso especial que es el del encargado del edificio, que es a la vez muy común y muy controvertido. Se da cuando éste empleado no abandona su vivienda una vez que se ha extinguido el vínculo laboral que lo uniera con el edificio del cual se encargaba. La jurisprudencia no es en absoluto uniforme ni pacífica. Al respecto, existen dos posiciones: Una minoritaria, que niega la existencia del delito, haciendo referencia a precariedad o falta del dolo directo que se requeriría. Así, se ha dicho que

No existe dolo de usurpación si el encargado del edificio de departamentos no abandonó la vivienda que le fue asignada al finalizar su relación laboral, en razón de no tener familia ni vivienda donde alojarse, y no porque quisiera convertirse en poseedor del inmueble.³¹

En otra punta encontramos a la posición mayoritaria –y más antigua– que a la vez se sustenta en un plenario, que sostiene que en el caso se produce la interversión del título que mencionáramos precedentemente y que dice que:

Resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precisamente cedido por esa causa y sin que exista derecho de retención y, por lo tanto, su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación.³²

En un excelente trabajo doctrinario sobre el tema (Scimé, 1994) se concluye en la opinión –que compartimos– que incurre en el delito de usurpación quien recibió precariamente una vivienda en virtud de un contrato de trabajo –como es el caso del encargado del edificio– y resuelto éste permanece en ella, pase aun haber sido notificado fehacientemente tanto de la extinción de la relación como de la necesidad del abandono de la vivienda otorgada.

4.3.2.2. Tipo subjetivo

Estamos ante una figura dolosa, donde se requieren ambos elementos del dolo, tanto el conocimiento como la voluntad de realizar el tipo objetivo que describimos, esto es, el despojo mediante los medios comisivos analizados. Obviamente, el autor debe conocer que se trata de inmueble ajeno y debe saber que está empleando alguno de los medios típicos.

Así, sólo resulta posible el dolo directo.

El error sobre alguno de los presupuestos eliminará el dolo y la tipicidad, dado que no se prevé la usurpación culposa

4.3.3. Antijuridicidad

Existe un caso reglado por el ordenamiento civil donde encontramos una causa de justificación que se asemejaría a una legítima defensa o a un estado de necesidad justificante o el legítimo ejercicio de un cargo.

Dice el Art. 2470:

El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la Justicia llegaria demasiado tarde; y el que fuese desposeido podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de

31. CNCCorr., Sala II, 16-5-90, "Yemma, Daniel E.", L. L. 1990-C-39.

32. CNCCorr., en pleno, 13-8-64, "Contarino, Mario", E. D. 8-711.

tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.

Para Creus (2000:597) no estamos ante un supuesto de antijuridicidad –o sea de justificación–, sino directamente ante una situación atípica, ya que en el caso aun no se da la ocupación consolidada que exigiría el tipo.

4.3.4. Consumación y tentativa

Obviamente, al estar ante un delito de resultado, se admite la tentativa. Se alcanza al utilizar alguno de los medios comisivos descriptos con la finalidad de despojo y asimismo se pueden realizar actos de ejecución con finalidad, pero sin consumir la usurpación en sí.

Núñez (XXXX:497) creía que se trataba de un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma en el momento en que se realiza despojo.

Creus (2000:589), por su parte, opina que el delito se consuma al invadir, aunque no se expulse a nadie o cuando se ejecuta alguno de los medios comisivos analizados.

4.4. USURPACIÓN POR TURBACIÓN

Dice el Art. 181 Inc. 3º: “El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o la tenencia de un inmueble”.

4.4.1. Bien jurídico protegido

Afirma Donna (2007:743) que luego de la reforma que introdujo la ley 24.454, se protege la propiedad pero en dos aspectos: tenencia y posesión y no otros derechos reales que sí se protegen en el primer inciso, ya comentado. Recordemos que la prohibición de la extensión analógica derivada de la aplicación del principio constitucional de estricta legalidad así lo manda.

4.4.2. Tipicidad

4.4.2.1. Tipo objetivo

Turbar es restringir temporal o permanentemente el ejercicio de los derechos que corresponden a la posesión del sujeto pasivo; y ello se da cuando el sujeto activo no ocupa el inmueble y tampoco tiene intenciones de hacerlo. El ejemplo que brinda Creus (2000:600) es el del sujeto que destruye un puente establecido en una servidumbre de paso.

Como se observa, esta acción típica es mucho más acotada que el despojo. Aquí sólo resulta típico turbar por violencias o amenazas la tenencia o posesión de un inmueble. Respecto de la significación de estos medios, nos remitimos a lo ya dicho, pero remarcaremos que el fin de ambos es turbar arbitrariamente la posesión pacífica y normal del inmueble (Donna, 2007:744). Ambas acciones deben tener como fin la turbación en sí y no la de molestar al poseedor o tenedor.

Últimamente, los hechos nos han traído el caso típico de los obreros que entran al local de trabajo y permanecen dentro de él, sin llegar a despojar. Debe tenerse en cuenta que una acción turba si importa una limitación a los derechos inherentes a la posesión, sin que se alcance esa privación total que implica el despojo (Soler, 1987:532).

4.4.2.2. Tipo subjetivo

Como surge de Perogrullo, sólo podemos admitir el dolo directo. Claramente, el dolo se compone del conocimiento de la situación fáctica y la voluntad de turbar alguno de los

dos derechos mencionados a cargo de otro, por medio de la violencia o de amenazas. Un elemento que debe sumarse es el de no convertirse en nuevo poseedor del inmueble, pues ello ya configura el despojo del Inc.1°.

4.4.3. Antijuridicidad

Como señala Creus (2000:595), no constituye una causa de justificación válida la pretensión del agente de hacer valer, por los medios típicos, el título que tenga a la posesión, pues ello ya viene prohibido por medio del Art. 2468 del Código Civil. A esto le sumamos la turbación como medio de exigencia del derecho que sea. En nuestra opinión, nunca un reclamo justifica entrar en la ilegalidad, pues no puede pisotearse un derecho intentando exigir la validez de otro.

4.4.4. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando la turbación se ha realizado y claramente se admite la tentativa.

4.5. USURPACIÓN POR DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE TÉRMINOS O LÍMITES

Dice el Art.181 Inc.2°: "El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo".

4.5.1. Bien jurídico protegido

Dentro de la esfera del derecho a la propiedad, aquí se protege específicamente la tenencia o la posesión y el dominio, ya que se atenta contra el mismísimo título de pertenencia.

4.5.2. Tipicidad

4.5.2.1. Tipo objetivo

Aquí lo que se busca es el apoderamiento de una fracción de superficie de un bien inmueble de otro. Nos da la impresión que estamos ante una tentativa de usurpación, pero que el legislador ha decidido, por elementales razones de política criminal, adelantar el momento típico y legalizarlo como un tipo consumativo.

No importa aquí se trata de inmuebles urbanos o rurales.

El concepto "términos" se refiere a mojones, a señales que se fijan para denotar los límites del inmueble. Y son "límites" los signos físicos, naturales o artificiales, fijos y permanentes que, con o sin solución de continuidad, constituyen la línea divisoria de dos inmuebles (Donna, 2007:748).

Destruye quien elimina totalmente estos límites o términos, los saca o los rompe y los altera quien los cambia de lugar, siendo indiferente el medio para lograr ambas cosas (Creus, 2000:590).

4.5.2.2. Tipo subjetivo

Como usualmente, se requiere dolo directo. Se suma un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, que es la ultra-intención de apoderamiento del inmueble –amén de la destrucción o alteración que en sí constituyen el dolo del tipo.

4.5.3. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la destrucción o alteración y admite tentativa.

V. ASPECTOS PROCESALES DE LA USURPACIÓN EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. ¿SOLUCIONES?

5.1. LA LEY 2257 Y EL CPPCABA

Como ya hemos dicho, esta ley, junto a la ley nacional 26.357, formalizó legislativamente el “Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, incluyéndose dentro de esas competencias al delito de usurpación, figura receptada en el Art. 181 del Código Penal.

Operativamente, este convenio comenzó a regir el 9 de junio de 2008; es decir que desde entonces, es la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires la encargada de juzgar los delitos allí contenidos, que es tarea del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad –que forma parte de ella en virtud del Art.1 de la Ley 1903–³³ su persecución, investigación y elevación a juicio oral y que su proceso estará regido por el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, vigente por Ley 2303 (en adelante, el CPPCABA).

En lo atinente al delito de usurpación, dice el último párrafo del Art.335 del CPPCABA:

En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario.

Esto es, como una especie de medida cautelar innominada –pues no se encuentra dentro del capítulo de las medidas cautelares– se prevé la restitución del inmueble usurpado a quien acreditar debidamente su titularidad, en cualquier instancia en que el proceso se encuentre y previa caución, que puede ser incluso juratoria.³⁴

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que:

La medida prevista en el artículo 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una medida cautelar, de naturaleza provisoria, y, en consecuencia, su concesión se encuentra subordinada a la configuración de la verosimilitud en el derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y la existencia de un peligro en ciernes sobre él (*periculum in mora*). De ahí que quien reclama la tutela urgente de su derecho a través del pedido de dictado de una medida cautelar debe acreditar tanto la existencia de un derecho, cuanto la posibilidad de sufrir un peligro o un daño irreparable por la eventual demora. Tal circunstancia, y no otra, es la que impone que se valore la procedencia de la petición cautelar. Pues no debe olvidarse que la suerte de la tutela se define muchas veces en la cautela, en virtud de que para el momento del dictado de la sentencia podría ser tarde para asegurar el ejercicio de un determinado derecho (...) Sin embargo, la falta de cualquiera de esos supuestos no puede ser suplida por la presencia del otro.³⁵

La medida cautelar de restitución para los casos de usurpación asimismo se ha implementado en otros códigos procesales penales provinciales –e incluso en el Art. 238 bis del

33. La ley 1903, publicada el 23/08/2007, es la Ley Orgánica del Ministerio Público y en su Art.1º dice el Ministerio Público integra el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dotado de autonomía funcional y autarquía, cuya función esencial consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social .

34. CApelPen.Contrav y de F., Sala II, 01/04/09, Causa 4.181 Rojas, Adriana Isabel s/Infr. Art. 181 Inc. 3 CP.

35. CApelPen.Contrav y de F., Sala III, 29/03/09, Causa 38.475 Ardissonne, Guillermo y Otros s/ infr. Ley 14.346 y Infr. Art. 181 Inc. 3 CP.

Código Procesal Penal de la Nación—,³⁶ evidenciando una tendencia en este sentido para proceder ante estos supuestos.³⁷

5.2. NORMATIVA ADYACENTE

Por imperio constitucional (Cevasco, 2009:53), en la Ciudad de Buenos Aires rige un sistema procesal penal de corte acusatorio, estando en cabeza de los fiscales penales la titularidad de la acción penal y donde los jueces cumplen con su rol de garantes del proceso, sin perjuicio que ésta facultad también se encuentra difusa en todos los Magistrados –incluyendo en este concepto a Defensores Oficiales y Fiscales (Cevasco, 2009:100; 165).³⁸

Asimismo, el Art. 18 de la ley 1903 dice:

la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar, cada una en su respectivo ámbito, tiene a su cargo el gobierno y la administración del Ministerio Público, con los alcances establecidos en la presente ley. Corresponde a cada uno de los titulares: (...) 3. Convocar a reuniones de consulta a los/as magistrados del Ministerio Público del ámbito a su cargo, de cualquier grado y fuero cuando lo consideren aconsejable, a fin de intercambiar opiniones sobre todo lo concerniente a una mayor eficacia del servicio, procurar la unificación de criterios acerca de la actuación del Ministerio Público y analizar cualquier cuestión que se estimare conveniente; 4. *Elaborar anualmente los criterios generales de actuación de los miembros del Ministerio Público*, los que podrán ser modificados o sustituidos antes de cumplirse el año, previa consulta con los/as magistrados actuantes en cada instancia. Todos los criterios que se establezcan deberán constar por escrito, ser públicos y comunicados, simultáneamente a la Legislatura de la Ciudad....

5.2.1. El Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados

Por ende, el Fiscal General de la Ciudad, en uso de dichas atribuciones elabora criterios generales de actuación según el caso y según el delito, para que los fiscales actúen en determinada forma. En este orden de ideas, el 6 de junio de 2008, mediante la Resolución n° 121/08 del Fiscal General de la Ciudad, incorporó a la normativa a la que deben atenerse los fiscales de la Ciudad, el "Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados". Para la elaboración de éste instrumento, según se desprende de los propios considerandos de la Resolución mentada, se tuvo en cuenta:

la problemática que involucra la restitución de los inmuebles usurpados, en donde confluyen diferentes elementos de importancia que exigen al Ministerio Público Fiscal, como órgano rector de la investigación penal, la oportuna, pertinente y articulada actuación de todos los organismos del poder ejecutivo de la Ciudad cuya participación resulte necesaria según cada caso, a fin de que el procedimiento de restitución se plasme de la forma menos lesiva posible, en tanto la desocupación no tenga lugar de manera voluntaria o por acuerdo.

Este Protocolo intenta de forma inter-agencial e interdisciplinariamente que diferentes organismos especializados del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Defensa Civil, Guardia

36. Su aplicación ha sido ratificada por la jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital Federal, que dijo que corresponde ordenar la restitución del inmueble, conforme lo establecido en el Art. 238 bis del C.P.P., que faculta el inmediato reintegro de la posesión en los casos en los cuales, de la investigación realizada, se desprende que los legítimos tenedores fueron despojados de la tenencia del inmueble (CNCrim y Correc., Sala VII, causa 18.677, Huaroto Lazo, Jaime y otros, 27/05/02).

37. Citamos por ejemplo al Art. 231 bis en Buenos Aires, el Art.243 en Santa Fe, el Art. 179 en Chubut, el Art. 238 bis en Entre Ríos, el Art. 230 en Mendoza, el Art. 217 en Tucumán, entre otros.

38. Dice el Art. 3 de la ley 1903: El Ministerio Público debe ejercer la defensa del interés social, de modo imparcial, observando los principios de legalidad y unidad de actuación, con plena independencia funcional respecto de los poderes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

de Auxilio y Emergencias, Dirección General de Atención a la Víctima, Dirección General de las Minorías y sus Garantías, el SAME, la Dirección General de Asistencia Inmediata, la Dirección General de Higienización, la Dirección General de Protección del Trabajo, y la Dirección General de Fiscalización y Control), tomen intervención en forma coordinada con el Fiscal actuante, en el procedimiento de restitución de marraz.

En el Anexo I de la Res. FG 121/08 encontramos al Protocolo propiamente dicho, el cual merece un análisis pormenorizado, pues a partir de él intentaremos una solución a la problemática, sin perjuicio que éste representa un gran avance en el tema.

Los objetivos que se persiguen son tres: 1. Desocupar el inmueble para reintegrarlo a su propietario o a quien resulte ser legítimo poseedor/tenedor del mismo; 2. Prevenir la ocurrencia de situaciones que puedan generar cualquier emergencia; 3. Ofrecer asistencia inmediata a la población que se encuentre en situación de riesgo, en el inmueble objeto de restitución. Como se observa, se intenta aquí dar solución a los actores comprometidos en la situación: a los despojados, a quienes se ven compelidos a hacerlo por necesidad y a la sociedad en sí, a través en primer lugar de la solución del conflicto y de la evitación de emergencias en segundo lugar.

Luego se destaca que la primacía absoluta la tienen los niños, adolescentes y población en riesgo (ancianos, discapacitados, enfermos, embarazadas, etc.), en cualquier circunstancia.

Antes de proceder, se deben reunir los requisitos comunes a cualquier medida cautelar, esto es, indicios vehementes de la existencia de un delito de usurpación, un pedido del damnificado, quien a su vez debe probar verosimilmente lo que invoca, bajo su propio riesgo, a modo de caución.

En una primera fase, se intentan disminuir los riesgos de un procedimiento crítico, esto es, un allanamiento³⁹ con desalojo de sus ocupantes, con la violencia física y moral que todos conocemos que ello conlleva y la posible violación de derechos y garantías que justamente aquí se quieren tutelar. Así, el Fiscal debe dar intervención a la Dirección General de Atención Inmediata para que convoque a personal de un programa especializado en situaciones de personas en riesgo (denominado "Buenos Aires Presente") y se haga un censo que determine qué población existe en el inmueble usurpado y un abordaje profesional y adecuado de todas las personas allí presentes. Asimismo, deberá concurrir personal de la Guardia de Auxilio a fin de determinar las condiciones estructurales y de habitabilidad del inmueble en cuestión y si éstas representan un peligro para quienes allí se hallen, obteniendo planos y vistas fotográficas de toda la escena.⁴⁰ En casos muy especiales, estos organismos podrán ser apoyados por personal policial especializado. Una vez realizado esto, si el Fiscal lo decide, puede implantar consigna policial a fin de que la situación no se siga agravando, se desaliente el ingreso de nuevos moradores y se evite el egreso e ingreso de cosas del inmueble.

Ni bien se realice esto, deberá intentarse una instancia de conciliación entre las partes afectadas al suceso, procurándose un retiro voluntario de los moradores, siempre y cuando cuenten con un lugar que les asegure condiciones dignas de vivienda. Si esto no puede lograrse –lo que deberá intentarse concienzudamente y no sólo como mera instancia formal–, entonces se plantea un segundo escenario, donde el Fiscal debe solicitar la presencia de un

39. Previsto en el Art. 108 del CPPCABA, y que se realiza por orden del Juez interviniente, a pedido del Fiscal. En nuestra Ciudad, los jueces son muy restrictivos y exigentes a la hora de otorgar este tipo de órdenes y puede consultarse la jurisprudencia respectiva en la base de datos del fuero en <www.jusbaires.gov.ar>.

40. Si se determina riesgo o peligro de derrumbe, entonces el Fiscal debe anunciar al Poder Ejecutivo para que se inicie un proceso administrativo de desalojo

Oficial de Justicia, quien deberá intimar a los habitantes del inmuebles a que lo desocupen en setenta y dos horas hábiles y asimismo realizar un inventario de todo lo que se encuentre en ese momento en el inmueble.

Si aun así no se arribara a ninguna solución, entonces el Fiscal requiere al Juez el libramiento de la respectiva orden de allanamiento y desalojo del inmueble, el que se realizará con la presencia necesaria de todos los organismos anteriormente mencionados, quienes, notificados debidamente del avance del proceso, deberán estar preparados para asistir adecuadamente en la situación de desalojo. Producido éste, se podrá mantener presencia policial preventiva en el lugar y efectuar la restitución del inmueble al legítimo propietario, usuario o tenedor, según el caso.

Luego, el proceso seguirá su curso, en caso de no haberse podido arribar a una solución alternativa del conflicto.

5.3. SOLUCIONES. EPÍLOGO

Creemos que este Protocolo implementado en la Ciudad de Buenos Aires ha representado un avance. Para todos aquellos que conocen cómo se tramitaba este delito en la Justicia Nacional, saben que este instrumento significa un salto de calidad. Ahora bien, ello no significa una solución definitiva para la problemática de la usurpación.

En primer lugar, debemos darnos cuenta que estamos ante una realidad social compleja, que no se soluciona endureciendo penas, ampliando prerrogativas a quienes persiguen los delitos, o creando meras estructuras de contención formales que en lo sustancial no otorgan ninguna mejora a quienes peor están, sino que sólo pretenden salir del paso sin ahondar demasiado. Debe recordarse que el delito de usurpación, en cuanto delito contra la propiedad, no es sino la tipificación de un problema mucho más amplio de lo que el derecho penal puede abarcar y que en realidad necesita de otro tipo de respuestas.

Una vez que podamos dar cuenta de esta realidad, que podamos salir de la letra fría de los Códigos y pensar en la gente tanto en aquellos que sufren un despojo o turbación en su derecho a la propiedad como en aquellos que se ven compelidos a hacerlo porque intentan hacer valer por mano propia su derecho a la vivienda y no conocen o encuentran otra alternativa que trasladarse con toda su familia a un bien que por derecho no les pertenece y es allí entonces donde podemos pensar soluciones efectivas para la gente.

En primer lugar, la experiencia nos demuestra que muchas veces la participación de los organismos especializados y de la propia Justicia se ve desbordada por la realidad. Por cada inmueble usurpado, tenemos en promedio cinco personas en situación de riesgo, y generalmente se trata de niños, adolescentes, ancianos, enfermos, indigentes. Se estima que en la Ciudad de Buenos Aires hoy hay más de doce mil inmuebles usurpados y que el 90% de ellos están en manos privadas. Por más esfuerzo que se ponga, el personal que debe atender esas demandas siempre resultará insuficiente. Para colmo, muchas veces las familias que usurpan se trasladan de un inmueble a otro cuando son lanzados, por lo que la problemática se potencia.

Pero entonces el problema no está en cómo procesalmente se enfrente la situación. Creemos que el Protocolo, debidamente reconocido, inclusive legislativamente, es un buen instrumento de actuación, pues cuenta con la participación de todas las agencias locales que pueden brindar algún tipo de ayuda.

Aquí lo que falta es presencia de otros actores y de otras políticas. Dejando de lado celos

políticos, sería óptimo que el Estado Nacional tomara cartas en el asunto, asista con sus recursos, su personal y su asistencia, teniendo en cuenta que el Derecho a la Vivienda no es prerrogativa del ciudadano porteño, sino de todo argentino. Por otra parte, sería bueno que también aporte a la solución la Cámara Inmobiliaria Argentina, que muchas veces denuncia usurpaciones pero que pocas veces aporta soluciones concretas, más allá de acercar estadísticas o programar almuerzos con funcionarios. No menos importante sería un aporte del ente impositivo (AFIP y DGR), a fin de disminuir la presión tributaria y fiscal, favorecer el acceso a la vivienda de los desplazados en un desalojo. Tengamos en cuenta que, como ya dijéramos, la usurpación es un delito que, mayormente, se produce porque los desplazados se quedan sin oportunidades de acceso a la vivienda y tienen que infringir una Ley del Estado (el Código Penal), pues el propio Estado no puede garantizarles su derecho a la vivienda. De beneficiarios en un Estado de Derecho normal pasan a imputados en Argentina.

Sabemos que con este trabajo no aportamos una solución definitiva, sino que son meros lineamientos y en muchos casos, puras expresiones de deseo que seguramente los juegos políticos diluirán. Pero es necesario seguir empujando hasta dar cuenta que no sólo con un Código Penal y un Código Procesal Penal se terminarán los delitos, más aún cuando éstos no son sino expresiones de la decadencia social de un país que poco o nada hace por la gente que más lo necesita.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2008): Código Penal y normas complementarias, Tomo VII, Buenos Aires, Hammurabi.

Centro de Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos (COHRE) (2004): El Derecho a la vivienda en Argentina. Informe de Misión de Investigación, Buenos Aires, Publicaciones del COHRE.

Cevasco, L. J. (2009): Derecho Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, AD-HOC.

Clemente, J. L. (2001): El delito de usurpación, Córdoba, Lerner.

Clemente, J. L. y Romero, G. S. (2005): El delito de usurpación, Córdoba, Lerner.

Creus, C. (2000): Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, Buenos Aires, Astrea.

Donna, E. (2007): Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-B, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) (1998): Informe Anual, 1998. Buenos Aires, INDEC.

Núñez, R.C. (1975): Derecho Penal Argentino, Tomo III, Córdoba, Lerner.

Soler, S. (1987): Derecho Penal Argentino, Tomo III, Buenos Aires, TEA.

Scimé, S. F. (1994): Usurpación del inmueble que ocupa el portero de un edificio en condominio, Buenos Aires, La Ley, 1994-B-210.



Ezequiel Martín Quaine y
Natalia Ohman

La criminalización de la pobreza urbana y
los nuevos intentos por erradicar las villas
en la Ciudad. El art. 335 del CPPCABA
como un avance del poder punitivo del
Estado sobre los conflictos sociales

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. Premio

La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad. El art. 335 del CPPCABA como un avance del poder punitivo del Estado sobre los conflictos sociales*

Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman**

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se propone reflexionar únicamente sobre la penalización de la ocupación de terrenos y viviendas desocupadas por grupos de personas sumidas en la pobreza, y en casos donde la propiedad de esos predios corresponde al Estado de la Ciudad de Buenos Aires.

No se efectuará un análisis del tipo penal de usurpación desde la clásica óptica de la teoría del delito, y tampoco se analizará en particular la incidencia de las disposiciones del derecho común sobre el tipo penal de usurpación.

Se intentará sugerir que el conflicto más profundo de la Ciudad de Buenos Aires, la pobreza urbana, pretende ser resuelta –una vez más– con la intervención más rigurosa del Estado, que pretende utilizar la legislación penal para legitimar el poder punitivo.

Se delimitará este fenómeno como expresión de una conflictividad social que deriva de la crisis del modelo del Estado social o bienestar de alcance planetario, que simultáneamente coincide con la crisis ideológica del ideario liberal y del capitalismo mundial.

La creciente criminalización categórica de la pobreza urbana produce reclamos que asumen diferentes formas, y ante la imposibilidad de que grandes grupos de personas se incorporen al proceso productivo, comienzan a ser considerados como un excedente permanente de población. En este punto es cuando parece perderse la dimensión social del derecho y las soluciones a los conflictos pasan a ser administradas por la legislación penal.

En primer lugar, relevaremos históricamente las relaciones entre las distintas políticas de la Ciudad de Buenos Aires en el período que abarca desde 1976 a 2006, con las Villas de la Ciudad de Buenos Aires.

En este escenario, se propone, en segundo lugar, examinar desde una perspectiva normativa integral cuáles son las figuras jurídicas tanto legales como supraleales que reconocen el derecho a la vivienda digna o adecuada en contraposición con las normas procesales para la restitución de los inmuebles ocupados.

En tercer lugar, se tomarán dos casos como exponentes de la problemática urbana de la Ciudad de Buenos Aires antes descripta, en el cual convergen la especial situación dilemática: por un lado, el fracaso de los programas de políticas de corto plazo para resolver la situación de vulnerabilidad habitacional, y por el otro, la solución a ese fracaso de la mano del nuevo

* Trabajo ganador del 3er Premio Formación Judicial 2010, en el eje "Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda".

** El seudónimo utilizado fue "Agustina Tártara".

dispositivo procesal penal que prevé el Código Procesal Penal de la CABA en el art. 335.

Se intentará establecer si se trata de una herramienta legal que desconoce el derecho constitucional a la vivienda, que vulnera las garantías procesales (derecho de defensa y debido proceso penal) y relega a las satisfactorias soluciones para los casos de ocupación de viviendas previstos por el derecho privado; o si se trata simplemente de una norma procesal que resiste, en este tipo de fenómenos sociales, el control constitucionalidad y convencionalidad.

II. PANORAMA HISTÓRICO DE LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS VILLAS DE LA CIUDAD

2.1. LAS VILLAS EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN NACIONAL (1976/1983)

Este período se caracterizó por una política agresiva que implicaba la desaparición de las villas como parte de un proyecto para embellecer la ciudad, porque sus habitantes no entraban en "las normas urbanas mínimas". Así lo afirmaba un documento de la Comisión Municipal de la Vivienda (en adelante CMV), que las definía como:

asentamientos ilegales de familias en tierras fiscales, y en algunos casos de particulares, con construcciones que no cumplen normas mínimas edilicias o de habitabilidad, sin infraestructura de servicio, ni salubridad e higiene, incompatible con la vida urbana (Cravino, 2009:25-26).

Según Oszlak y Cravino, durante este período se hablaba de una "política de congelamiento de villas de emergencia". Lo importante era redefinir la cuestión villera en términos tales que desarraigaran en la opinión pública todo sentimiento de piedad, condolencia o empatía ante la infortunada situación de sus pobladores. Para ello era necesario destruir una doble imagen, sosteniendo: 1) que el problema de las villas no se originaba simplemente en un crónico déficit de vivienda e insuficiente nivel de ingreso de sus habitantes; y 2) que estos constituían una clase especial de población, no merecedora de la asistencia y tolerancia de la sociedad y el Estado. El discurso oficial, en consecuencia, redefinía al villero como actor social, estigmatizando no ya sus condiciones de vida, sino su calidad humana. La distinción entre "calidad de vida" y "calidad de población", que muy pronto aparecería en las declaraciones públicas, apuntaba precisamente en esa dirección (Oszlak, 1991:158).

Así se denuncia la presencia de delinquentes y mafias organizadas. En una campaña publicitaria de 1977, Oszlak (1991:160) identificó los siguientes aspectos:

1. Al villero le gusta vivir en la villa, una especie de gueto donde nadie entra y donde se integra a una estructura socio-económica particular, con leyes internas especiales.
2. Se trata de gente de muy bajo nivel laboral, generalmente extranjeros de países limítrofes, que posee una formación cultural diferente y trasladan al ámbito urbano las pautas de su lugar de origen.
3. Tienen medios suficientes para acceder a otras formas de vivienda, ya que muchos poseen autos, comercios, terrenos y casas.
4. Obtienen beneficios y privilegios de los que no gozan otros habitantes de la ciudad: no pagan impuestos ni servicios, explotan comercios clandestinos o forman parte de mafias organizadas.
5. Muchos de ellos son delinquentes, que encuentran en la villa cómodos aguantaderos.
6. Son una clientela política fácil para partidos y movimientos populares que movilizan

a esta población con promesas demagógicas.

En conclusión, los villeros aparecían como marginales voluntarios, seres indolentes, deshonestos y folklóricos.

La Ordenanza 33.652/77 encomendó a la CMV la responsabilidad de la ejecución del plan integral de erradicación. El plan comprendía tres etapas de aplicación que se denominaron: a) congelamiento, b) desaliento y c) erradicación.

La etapa de desaliento era para que la población no encontrara motivación para permanecer en las villas. Esto implicaba en los hechos impedir el desarrollo de actividades económicas (clausurar comercios, industrias, talleres y decomisar las mercaderías) o hacer difícil la circulación u atacar la calidad del hábitat a través de la demolición de casas. Por último se utilizaron formas más represivas por medio del personal del Departamento de Vigilancia Interna.

Luego, a los que no se había logrado "desalentar" se les ofrecían cuatro opciones:

1. traslado a terreno propio. La CMV tenía previsto trasladar a las familias y bienes y entregarles un plano definitivo.

2. retorno a su país o provincia de origen, para los cual se les otorgaría pasajes y enviaría los bienes en forma gratuita.

3. egreso por medios propios.

4. apoyo crediticio. La primera línea de créditos se lanzó en 1980 y sus alcances fueron escasísimos.

Más allá de las cuatro opciones detalladas, lo que se concretó fue la deportación a países limítrofes y la erradicación (Cravino, 2009:162).

Las etapas previstas no siguieron un orden secuencial, sino que se adecuaron a las prioridades y características de las villas a erradicar. La zona norte fue la prioridad, dada la proximidad del campeonato mundial de fútbol:

Esta estrategia muestra la idea de no sólo despejar las villas más visibles al turista del Mundial de Fútbol de 1978, sino una vinculación estrecha entre represión político social e intereses de mercado (Cravino, 2009:29).

Los datos son inciertos, pero las cifras del CMV hablan de 28.000 familias desalojadas (a 1980): un 75% había sido trasladada a un terreno propio; 11,5% habían abandonado los asentamientos por sus propios medios y un 13,5% se distribuía entre familias trasladadas al interior y exterior del país y a otros asentamientos precarios (Oszlak, 1991).

2.2. LOS AÑOS 80 Y EL PLANO INTERNACIONAL

Como consecuencia de los posicionamientos de UN-Habitat, que desde la conferencia de Vancouver (1976) propugnaba el reconocimiento de los asentamientos informales como forma de acceso a la ciudad y donde el Estado debía actuar apoyando las acciones de los pobladores, los desalojos forzosos, endémicos en América Latina hasta los años 70, debían dejar de realizarse.

La Constitución contempla el derecho a la vivienda digna, mientras que el Estado no la garantiza. Así, la legitimidad (visualizada en la tolerancia) de las ocupaciones ilegales se

sostiene en ese derecho no gozado. La reforma del CP de la década del 90 (la ley 24.454 que modificó el art. 181 del CP e incluyó la clandestinidad como medio comisivo), sin embargo, achicó ese margen de legitimidad social:

esa "tolerancia" está estrechamente vinculada a la coyuntura social y política y a las valorizaciones del resto de los vecinos de la ciudad sobre la localización que ocupan las villas o asentamientos, con lo cual no nace de un reconocimiento de derechos a los habitantes, sino del juego de equilibrio de las fuerzas sociales que se disputan la ciudad. (Cravino, 2009:49).

Hasta finales de los años 80, la política implementada para afrontar el déficit habitacional consistió en las "viviendas llave en mano". Para el Estado, esta modalidad satisfacía la cláusula constitucional, aunque la distancia entre lo realizado y el déficit no paró de crecer. El dilema entre el mejoramiento de los barrios informales y la provisión de nueva vivienda sigue estando presente con el correr de las décadas y los cambios de gobierno.

Resignando estos principios, por incapacidad de cumplir sus propios objetivos y por el cambio de paradigma internacional (UN habitat), se asumió sin mediaciones, que la equidad habitacional pasaba por igualar a todos los miembros de la ciudad como "propietarios".

2.3. GESTIÓN MUNICIPAL DEL PARTIDO JUSTICIALISTA ENTRE 1989 Y 1996

Los gobiernos de Carlos Grosso (1989-1992), Saúl Bouer (1992-1994) y Jorge Domínguez (1994-1996) no constituyeron una línea política hegemónica en relación a las villas, pese a que los tres políticos pertenecían al mismo partido.

2.3.1. La gestión de Carlos Grosso

Durante el gobierno de Carlos Grosso se lanzó el programa de "Integración y radicación de Villas de la Capital Federal", que tenía como objetivo "la solución definitiva al problema de las villas", sobre la base de la regulación dominial y la operatoria de viviendas. El programa apuntaba a superar la actuación de la CMV, con fuerte arraigo en el tema y con vieja tradición de erradicación y a orientarse hacia una estructura más horizontal.

En 1991 se promulgó la Ordenanza 3330, donde se institucionalizó una mesa de concertación y se incluyó que no habría desplazamiento de familias sin que se garantizara "una solución habitacional".

A nivel federal, el Poder Ejecutivo Nacional lanzó el programa Arraigo mediante el decreto nro. 1.001/90, que marcó un giro de 180 grados en el discurso que utilizó la mayoría de los gobiernos democráticos y de facto con relación al reconocimiento de una deuda social generada por el déficit de viviendas para sectores de bajos recursos. Por el contrario, significó el reconocimiento de que las villas y los asentamientos no constituían un escalón para el ascenso social, sino el único tipo de hábitat que podían esperar sus habitantes.

La citada norma planteaba que las familias que se han instalado en forma pacífica e ininterrumpida en terrenos que son de propiedad del Estado Nacional, ante la inseguridad jurídica que significa esa forma de ocupación, han optado por construir en ellos viviendas sumamente reducidas, así como precarias.

Esto implicaba la presunción de que el título de propiedad mejoraría automáticamente la situación habitacional de esos pobladores.

Para los terrenos que estaban dentro de la Ciudad, se determinó que la CMV sería el órgano indicado para intervenir en la tarea de organizar una operatoria de venta de lotes.

El eje de su concepción se basaba en que:

sólo arraigando la familia, brindándole la posibilidad de que por sí mismos posean el lote que ocupan, se sentarán las bases para erradicar la miseria. La propiedad final de la tierra es una condición indispensable para el arraigo (Programa Arraigo, 1994:30).

Es decir, se sustentaba en las corrientes que otorgaban centralidad a la propiedad, como multiplicadora de mejores condiciones materiales.

Sin embargo, a lo largo de la década del 90 fueron nulos los resultados en cuanto a la titulación en las villas de la Ciudad de Buenos Aires bajo su incumbencia (Cravino, 2009:61).

La gestión de Grosso siguió el mismo supuesto postulado por el programa Arraigo: al otorgar en propiedad la tierra ocupada al villero, se estaba dando el primer paso para que cada habitante mejore su vivienda y calidad de vida.

El proyecto "Integración y radicación de Villas de la Capital Federal" abarcó 13 asentamientos (villas) y dos núcleos habitacionales transitorios. El Decreto Municipal 3.330/91, art. 4 inc. D destacaba que en ningún caso podrán realizarse acciones que impliquen desplazamientos de familias, sin que previamente se les otorgue una solución habitacional acorde con los principios que regulan la radicación de las villas de la Capital y la situación económica real de cada familia.

La propuesta de venta de la tierra a los ocupantes de las villas implicaba un replanteo respecto a qué se debería hacer con relación a las normas urbanas vigentes. La Ordenanza 44.873 modificó el Código de Planeamiento Urbano para encuadrar normativamente la regulación dominial de las villas. Sobre la base de "la necesidad de mejorar la calidad de vida de los habitantes de las villas", estableció características específicas en cuanto a parcelamiento (72 metros cuadrados de superficie para los lotes), normas de tejido y usos permitidos y detalló los predios ocupados. Se observaron todos los pasos previstos hacia la escrituración de los lotes ocupados, pero este objetivo se fue desdibujando con el tiempo, a medida que se observaba que era cada vez más difícil de alcanzar.

El establecimiento de un marco legal especial para las villas hace inevitable el planteo de una serie de preguntas: ¿pueden convivir dos normativas, una para habitantes formales y otra para villeros? ¿No es una forma de legalizar la existencia de guetos, es decir, lugares degradados para pobres? ¿Si 72 metros cuadrados está bien para los villeros, por qué no se acepta para todos y se modifican las normas generales? ¿No hay diferencia entre villas grandes y chicas? ¿Se pueden garantizar los 72 metros cuadrados para todas la villas? ¿Y qué sucede si no es así?

2.3.2. La gestión de Saúl Bouer

Durante su gestión ocurrió una disputa en torno a los organismos estatales y municipales encargados de llevar adelante la política hacia las villas. Según Cravino, la CMV le había ganado la pelea política al Programa de Radicación de villas. Sin embargo, a través del Programa Arraigo, el PEN se había incorporado a la disputa. El municipio adoptó una postura conciliadora: el Programa Arraigo se encargaría de las villas que estaban asentadas en tierras fiscales nacionales y la CMV a tierras municipales. Estas gestiones funcionarían de manera paralela sin demasiado contacto entre sí (Cravino, 2009:97).

2.3.3. La gestión de Jorge Domínguez

Domínguez adoptó una fuerte posición de defensa de la propiedad privada, aun a través

del desalojo por la fuerza. Este fue el caso de las Bodegas Giol, en el barrio de Palermo, ocupada varios años atrás por un centenar de familias. También ya en etapa electoral (cuando fue candidato a intendente) "indemnizó" a habitantes "ilegales" del puente de la calle Córdoba, a fin de dejar ese espacio libre. A los que se resistieron los desalojó por la fuerza.

2.3.4. Evaluación del período 1989/1996

La primera etapa se caracterizó por una ampliación y consolidación de demandas por parte del movimiento villero, con fuertes expectativas de participación en la gestación de la política sectorial. Se lanzó el programa de radicación de villas, que preveía, en sus comienzos, mecanismos de concertación y de aumento del presupuesto sectorial. Sin embargo, el saldo fue una efímera participación, escasa inversión real y débil mantenimiento de la política de radicación.

La transición marcó un cambio a la segunda etapa, ya que si bien los ejes de las políticas no se modificaron en el discurso, se lanzaron una serie de medidas que tendieron a la fragmentación, a un menor ritmo de trabajo, al desgaste y al desinterés por la participación de las organizaciones villeras.

La tercera etapa estuvo marcada por la paralización de las acciones en las villas, excepto ciertas obras de mantenimiento. El clima fue de hostigamiento a las ocupaciones ilegales y de erradicación compulsiva de parte de la villa 31, que "obstruía" la terminación de un tramo de la AU 9 de Julio.

Así Cravino (2009:226-227) concluía:

parece razonable pensar que estos asentamientos nunca fueron una prioridad en la agenda. La ciudad de Buenos Aires sufrió importantes transformaciones como la urbanización de Puerto Madero o la privatización del zoológico, que fueron concretadas en un corto plazo (exitosos desde el punto de vista de sus objetivos). En cambio la radicación de las villas sólo tuvo pequeños logros materiales, entre ellos, la apertura de algunas calles y la construcción de algunas viviendas afectadas por las obras. (...) Un municipio que gastó y no hizo, un programa nacional que prometió y no cumplió y un movimiento villero debilitado, fragmentado, que no encontró su rumbo, parece ser el balance a mediados de 1996.

2.4. LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y LA POLÍTICA PÚBLICA HACIA LAS VILLAS ENTRE 1996 Y 2006

2.4.1. La gestión De la Rúa-Olivera

Existieron continuidades y rupturas respecto de las gestiones anteriores. La normativa no fue modificada hasta la sanción de la ley 148. Esta última surgió a propuesta de las organizaciones villeras. Por ejemplo, no se revocó la Ordenanza 44.873/91, que reglamentaba las urbanizaciones en las villas, permitía la apertura de calles y fijaba como superficie mínima para los lotes 72 metros cuadrados. Es importante resaltar que dicha ordenanza se vincula Directamente con la viabilidad o sostenibilidad del Programa de Radicación de Villas, y permanecía aun cuando las condiciones objetivas en los asentamientos habían cambiado.²

Durante esta gestión se dio un hito importante en cuanto a la normativa respecto a la regularización dominial, impulsada desde las organizaciones villeras, con apoyo de la legislatura

2. Un funcionario de la primera etapa de la gestión de la CMV afirmó en una entrevista realizada por Cravino que el problema es que los 72 metros surgieron de un cálculo de dividir superficie por familia y la cosa cambió totalmente. Por eso actualmente lotear significa expulsar (Cravino, 2009:182).

y sin contacto o articulación con el ejecutivo de la Ciudad. La ley 148, esencialmente, propuso la creación de una comisión coordinadora participativa para el diagnóstico y planificación y control de las políticas sectoriales que impulsaban un programa integral de radicación y transformación definitiva (esto es, regularización dominial, urbanización, infraestructura y servicios educativos y de salud) de las villas y núcleos habitacionales transitorios de la ciudad.

Esta ley fue leída, en un principio, como el primer paso hacia una reglamentación del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad, que reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado y que auspicia la "integración urbanística y social de los pobladores marginados (...) y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva".

Un punto de esta ley a tener en cuenta era el plazo máximo de 5 años que establecía para llevar a cabo el plan integral de radicación. Esta indicación en la ley era fruto de la mirada crítica del movimiento villero a las gestiones anteriores, en cuanto a los tiempos de implementación de los programas. Sin embargo, este plazo no implicó un compromiso efectivo para la CMV (Cravino, 2009:185).

Durante la gestión de De la Rúa en el gobierno local, el Programa Arraigo dejó de actuar, en los hechos, en la CABA.

2.4.2. La gestión Aníbal Ibarra-Jorge Telerman

En el primer gobierno de Aníbal Ibarra (2000- 2003), la cuestión habitacional ocupó un lugar central en la agenda porque las condiciones de vida de los habitantes de la ciudad se deterioraron en el marco de la profunda crisis socio-económica que derivó en un estallido social en diciembre del año 2001.

Durante esta gestión, la cuestión villera cobró un mejor lugar en la agenda de la CMV. Las acciones realizadas se concentraron en la apertura de algunas calles en algunas villas (por ejemplo la 1-11-14) y la construcción de viviendas en conjuntos habitacionales a fin de cumplimentar esta obra, además de obras de infraestructura (como agua y cloacas). El tipo de intervenciones pone en evidencia que en la agenda del gobierno local la regularización dominial pasó a ser resignada o, en todo caso, postergada. Implícitamente, se está indicando la imposibilidad que existió desde la CMV y luego el Instituto de la Vivienda de la Ciudad³ (en adelante IVC) para abocarse al tema de la tenencia del suelo urbano en las villas. En concreto, la política fue garantizar la seguridad en la tenencia, pero sin acompañamiento de instrumentos legales que la formalicen, porque esto implicaba micro-acciones en cada una de las villas para adaptar las construcciones existentes a la normativa (72 metros cuadrados). Con sinceridad, algunos funcionarios manifestaron que era imposible por el crecimiento de la densidad en las villas.

Esto muestra una brecha entre el paradigma de la radicación, consolidado a comienzos de los 90, y la factibilidad de los programas de radicación. Las intervenciones ya no apuntaban a los aspectos dominiales (se dejaron de hacer medidas en los terrenos a tales fines), sino a entender la "integración urbana" como apertura de calles, ya que esto permitía el ingreso de la policía y las ambulancias y en consecuencia una mejor calidad de vida de la población involucrada (Cravino, 2009:190).

La ley 403 (8-06/00), específica para la villa 1-11-14 de Bajo Flores, mostró nuevamente una mayor sensibilidad de la legislatura a las presiones de las organizaciones villeras, en

3. La CMV fue remplazada por el IVC (Instituto de la Vivienda de la Ciudad) por la ley 1251 del 4/12/03. Cabe señalar que fue modificado el nombre mas no su estructura.

comparación con el ejecutivo de la Ciudad. Esto explica que se sancionara una ley específica para una villa cuando ya existía una ley marco para el conjunto de las villas, como era la ley 148. Al mismo tiempo, mostró cómo se intentaban modificar las prácticas del gobierno de la Ciudad por medio de la legislación ante el fracaso de las acciones de la IVC. En lugar de presionar para que se efectivizara lo estipulado por la ley, dado que el cuerpo legislativo no tenía fuerza para ello, una nueva ley pareció ser la forma de presión (Cravino, 2009:191).

En la segunda gestión de Ibarra (2003-2006) se produjeron cambios significativos en la institucionalidad con relación a la política habitacional. Además, hubo un reconocimiento de la crisis habitacional en la ciudad.

En julio del año 2004 se promulgó la ley 1408, que establecía la emergencia habitacional por tres años. Según el art. 2 de la ley citada, la Emergencia Habitacional comprendía la situación en que se encontraban los siguientes grupos familiares y/o personas: a) ocupantes de casas o edificios con sentencia judicial firme de desalojo, utilizados con uso manifiesto de vivienda única y que no posean otros bienes inmuebles a su nombre; b) habitantes de Núcleos Habitacionales Transitorios y asentamientos de la Ciudad; c) ocupantes de viviendas en situación de hacinamiento, inhabitables o en estado obsoleto; d) alojados en hoteles o pensiones; e) en situación de calle.

El artículo que proponía la suspensión de los desalojos fue vetado por el Poder Ejecutivo local.⁴

Lo cierto es que la ley 1.408 era más una declaración de deseos que una herramienta para mejorar la situación, ya que no se cambiaban los procedimientos en comparación a las soluciones intentadas anteriormente.

Durante esta gestión hubo dos casos que centraron la opinión pública en el tema de las villas: el caso de las villas Rodrigo Bueno y la 1-11-14. Los casos que se relatan a continuación serán retomados en el capítulo IV del presente trabajo en razón de que fueron judicializados.

La villa Rodrigo Bueno se encuentra en una zona apetecida por el capital inmobiliario dedicado a la construcción de viviendas de sectores de alta renta u oficinas. Se trata de un asentamiento reciente, dentro de un espacio verde. El diario *La Nación* del 18/01/05 anunciaba que la villa sería erradicada. El vicejefe de gobierno, Jorge Telerman, anunciaba que:

No se utilizará la violencia. No iremos con topadoras. Estamos convencidos de que se puede alcanzar un consenso con los habitantes del asentamiento para darles soluciones dignas y, a la vez, recuperar las tierra para la Reserva (ecológica) (*La Nación*, 18/01/05).

La solución propuesta eran subsidios, créditos blandos o cesión de viviendas sociales, a fin de evitar un desalojo violento.

La villa Rodrigo Bueno estaba cercada por proyectos que no los deseaban como vecinos: Puerto Madero, que ya estaba habitado, y Santa María del Plata, que estaba por construirse, por parte de la empresa IRSA SA. Para legitimar estas acciones, la villa fue catalogada por diferentes medios o por funcionarios como "una de las villas más peligrosas" y "villa muy brava" (*La Nación*, 18/01/05), mientras los pobladores lo desmentían (*La Nación*, 19/01/05).

4. Asimismo, el art. 8 de la ley citada, referido a los inmuebles pertenecientes al Estado Nacional localizados en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, utilizados con uso manifiesto de vivienda que se encontraban ocupados por grupos familiares en situación de pobreza crítica, disponía que el Poder Ejecutivo debía realizar gestiones ante los entes nacionales que correspondiere, a los efectos de suspender todas las actuaciones legales iniciadas o a iniciarse en materia de desalojo, circunstancia que la ONABE (el ente encargado) no cumplió.

Sin embargo, existían proyectos en la Legislatura que proponían radicarla en el lugar en que estaba. Uno de los problemas centrales era la carencia de infraestructura (principalmente agua corriente y cloacas), pero los nuevos emprendimientos inmobiliarios se encontraban en igual situación. El principal obstáculo era que los pobladores no se querían mudar (*La Nación*, 19/01/05).

En este asunto tomaron intervención los consulados peruano, boliviano y paraguayo, que se encontraban preocupados por el tratamiento de sus compatriotas que vivían en el barrio (*La Nación*, 10/07/05) y facilitaban los trámites de residencia en el país. También la Defensoría del Pueblo hizo reclamos para que se respetaran los derechos de los habitantes y pidió información. A fines del 2006 se reiteraría la información sobre un inminente desalojo (*La Nación*, 3/11/06), ya que en los meses anteriores no se obtuvieron resultados.

El segundo hecho sucedió a mitad del año 2006, cuando un conjunto de viviendas de la Villa 1-11-14 del Bajo Flores fuera ocupado, luego de que se postergara la entrega a los adjudicatarios por problemas en la infraestructura.

El 4 de julio de 2006, un conjunto de departamentos ubicados en Riestra y Bonorino, en el Bajo Flores, fue ocupado por unas 90 familias. Al día siguiente, tras un acuerdo con funcionarios del IVC, dejaron los departamentos. Algunos objetos fueron robados y otros rotos. El diario *Clarín*, en su edición del 5/7/06, afirmaba:

Después de 18 horas de tensión y violencia, 90 familias que mantenían tomadas siete torres del FONAVI casi terminadas en el Bajo Flores, aceptaron ayer desocuparlas pacíficamente. Las habían tomado después de que, cerca de la medianoche del lunes, medio millar de personas llegaron con camiones y saquearon los departamentos. El complejo de 160 viviendas ubicado en Esteban Bonorino al 1800 estaba casi listo para ser entregado: ya había 130 unidades preadjudicadas a habitantes de la villa 1-11-14. (...) "El listado de adjudicatarios está en proceso de depuración. Trabajamos en conjunto con los delegados de la villa", confirmó el titular del Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC), Claudio Freidin. Uno de los delegados, Edgar Tancara, contó que la prioridad la tienen los dueños de las casas que deberán ser demolidas para abrir calles, como parte de la urbanización de la villa (*Clarín*, 5/7/06).

El relato de los hechos continuaba así:

Pero a la medianoche del lunes, unos 40 hombres, algunos armados, intentaron ingresar. Los policías que custodiaban el lugar rechazaron la ofensiva, pero al rato llegaron cerca de 500 personas. Ante una orden judicial que buscaba evitar enfrentamientos con los vecinos, la policía se replegó. La gente entró y desmanteló los departamentos: se llevaron la grifería, sanitarios, termotanques, cocinas, puertas y ventanas. Todo lo que pudieron remover terminó en camiones. Entonces, un numeroso grupo de habitantes del barrio Rivadavia, vecino a la villa 1-11-14 y también con necesidades de vivienda, tomaron las torres. Fue una pelea de pobres contra pobres (*Clarín*, 05/07/06).

De esta forma, nuevamente se observa una conflictividad entre vecinos, ya que buena parte de los ocupantes provenía del barrio Rivadavia I, contiguo a la Villa 1-11-14 y a tres cuadras del complejo, quienes expusieron a las autoridades locales las necesidades habitacionales que tenían (Cravino, 2009:205).

El ministro de Planeamiento de aquel momento, Juan Pablo Schiavi, dijo:

Esto es una intrusión de gente que no tiene vivienda. Pero no se puede intrusar un lugar que está listo para ayudar a otros que también lo necesitan. El saqueo fue una operación comando. Detrás de esto hay alguien que quiere hacer política con la pobreza (*Clarín*, 05/07/06).

Por su parte, Telerman afirmó:

Llama la atención que esto se produzca con estos niveles de organización. Y también llama la atención que esto se produzca luego de la ocupación de terrenos en la zona de la villa 31. No podemos saber quiénes están detrás, pero esto se presentó como un combate entre sectores humildes. Ahí sí puede haber usos políticos y nosotros debemos prevenir el uso punteril y violento de las políticas habitacionales (*Clarín*, 05/07/06).

Juan Pablo Schiavi, manifestó:

tenemos la certeza y estamos investigando a quienes organizaron esto, trabajaron el fin de semana ahí y lo organizaron para hoy (...) usaron mi nombre todo el día para agredir al jefe de gobierno, Jorge Telerman (...) con la toma se está tratando de tapan la intervención del IVC", y denunció que el edificio de Bonorino no tenía licitada las cañerías de agua, de luz y gas. "El agua pasa a 12 cuadras: ¿quién puede pensar en hacer una obra en el medio de un polvorín de indigencia y no haber adecuado esa infraestructura? Por eso intervenimos el IVC, estamos saneándolo y sale pus por todos lados" (*Clarín*, 05/07/06).

De este hecho se pueden inferir dos cuestiones: por un lado, continuaban las críticas por la ineficiencia del IVC (las obras estaban terminadas pero adolecían de problemas de infraestructura y por esta razón no habían sido entregadas) y también emergían las formas de adjudicación y las acusaciones de clientelismo y corrupción, en la entrega de viviendas por parte del IVC.

Este conflicto se reiteró al mes siguiente y para algunos fue definido como una "guerra de pobres contra pobres" cuando el mismo complejo habitacional volvió a ser ocupado por el mismo grupo de vecinos del Rivadavia. El motivo de esta decisión, según los ocupantes, era que el titular del IVC, Claudio Freidin, no había cumplido con lo pactado (enviar asistentes sociales para hacer un relevamiento habitacional para ser incluidos en algún plan de viviendas).

Sobre este hecho, el diario *Página/12* publicó:

eran una 15 personas que lograron superar la custodia policial montada por la justicia. Reclamaban la entrega de viviendas y el inmediato relevamiento de los casos de emergencia entre los vecinos del Rivadavia. El relevamiento había sido uno de los compromisos del Gobierno para destrabar la toma anterior. En la vereda, medio centenar de vecinos del Rivadavia daba apoyo a los ocupantes, mientras que a una cuadra, los adjudicatarios de la villa cortaban la calle para reclamar la adjudicación de viviendas. El gobierno porteño atribuyó las protestas a razones políticas. Alrededor de las 22 hs hubo acuerdo y los ocupantes evacuaron los departamentos (*Página/12*, 09/08/06).

Otra toma ocurrió el 15 de abril de 2007. Esta última es la que registró la mayor cantidad de destrozos:

hubo saqueos y robo de materiales de construcción, de cocinas y hasta de bañeras, fueron procesadas 37 personas. Además incendiaron un obrador y algunos departamentos. Luego en la investigación se comprobó que el 30% de los usurpadores había llegado del conurbano bonaerense. Y también quedó claro que ninguno de los ocupantes era adjudicatario de las viviendas que iban a ser entregadas en mayo (*Clarín*, 04/05/07).

Hasta aquí el relato de dos casos que se consideran paradigmáticos en torno a la relación existente entre los habitantes de las villas y sus derechos y las medidas del Estado de la Ciudad tendientes a la recuperación de sus tierras.

2.4.3. Evaluación del período 1996–2006

Se observaron distintas situaciones del GCBA en cuanto a las acciones del IVC respecto de las villas en la ciudad: a) continuidad de la implementación del programa de radicación de villas con un ritmo muy lento; b) inacción en algunas villas, las más recientes, donde sólo se detectaban algunas propuestas sin implementación, en muchas de ellas existía fuerte conflictividad política y sus habitantes soportaban críticas condiciones materiales de vida; c) falta de definición del futuro de algunas villas, en las que ciclicamente surgían rumores de erradicación (caso Villa 31); y d) casos puntuales de erradicación, como la villa Rodrigo Bueno, contigua a Puerto Madero (no sin una fuerte conflictividad y oposición de la Defensoría del Pueblo), pero inconclusa (Cravino, 2009:209).

Las dificultades en los avances del Programa de Radicación, Integración y Transformación de Villas y NHT podría clasificarse en: a) burocrática-técnicas (tiempos lentos en los llamados a licitación de obras, ineficacia administrativa); b) políticas, debido a que los cruces de las internas políticas dentro de los barrios daban como resultado la falta de consenso al nivel barrial en cuanto a las acciones a seguir por el programa; c) sociales, debido a la brecha entre la lenta ejecución del programa y el crecimiento de las villas en población y densidad y la consecuente dificultad para las acciones; d) indefiniciones programáticas para algunas villas.

La CMV fue remplazada por IVC (según ley 1251 del 4/12/03), y aunque esta modificación fue acompañada de promesas de mejoras en la gestión, no se produjeron cambios relevantes en la organización del trabajo y estilo de gestión del IVC respecto de la CMV. Ni siquiera la ley de emergencia habitacional en 2004, que proponía mayores recursos para resolver la problemática, incidió en la performance de la institución. Continuó la subejecución y afloraron acusaciones de corrupción y clientelismo político.

III. DESCRIPCIÓN DEL COMPLEJO ENTRAMADO NORMATIVO SOBRE FIGURAS JURÍDICAS QUE VERSAN SOBRE LA PROPIEDAD Y EL ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA DE ORIGEN LOCAL, FEDERAL Y SUPRALEGAL

3.1. NORMATIVA REFERIDA A LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD

Al analizar la producción normativa de aplicación en la Ciudad generada a lo largo de los últimos quince años en materia de propiedad (en lo que hace específicamente al delito de usurpación y los mecanismos de desalojo), es posible observar que la cuestión ha sido abordada desde el diversas áreas del derecho que comprenden las materias civil, administrativo y penal.

A continuación se expondrá la gradación normativa, tanto nacional como local, orientada a asegurar de manera más fuerte el derecho de propiedad y crear mecanismos que permitan acelerar los tiempos de los procesos de desalojo.

En 1995 se sancionó la ley 24.454 (07/03/95), que modificó la redacción del art. 181 del Código Penal e incorporó el art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La reforma incluyó de manera expresa y taxativa la clandestinidad y las amenazas como medios comisivos del despojo a los oportunamente regulados en el artículo del Código Penal: violencia, engaño y abuso de confianza. La nueva redacción amplió el catálogo de medios usurpatorios por lo siguientes motivos: sobresalía el auge que había adquirido la ocupación de inmuebles mediante formas subrepticias que no podían ser atacadas bajo el rótulo de usurpación, pues la ley hasta ese momento se manifestaba complaciente o por lo menos no sancionaba conductas que si bien eran irregulares no estaban previstas como posibles de sanción. Por su parte, el art. 680 bis agregado al CPCyC prescribe:

En los casos que la acción de desalojo se dirija contra el intruso, en cualquier estado del juicio

después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar.⁵

En la exposición de motivos del proyecto de ley, el legislador hacía referencia a "un estado de cosas preocupante", a partir del sensible incremento de las ocupaciones de inmuebles, muchas de ellas clandestinas, y las dificultades y demoras a que se veía enfrentado el titular del derecho vulnerado. Así, el art. 680 bis CPCyC era presentado como un ágil instrumento recuperatorio y un factible elemento de disuasión de conductas usurpadoras.

Cabe señalar que, en materia penal, al momento de la publicación de la ley mencionada, el juez penal, conforme lo prescripto por el art. 29 inc. 1º del CP, poseía la atribución, al haber constatado la existencia de un delito de usurpación, de hacer cesar sus efectos. La cuestión que se hallaba en discusión era la facultad del juez penal de ordenar la restitución del inmueble durante la tramitación del proceso y de manera previa a la certeza plena que posee la sentencia de condena. Mientras que parte de la jurisprudencia pretendía que la medida de restitución fuera dictada recién cuando mediara un auto de procesamiento firme, otra parte llegó a sostener, para denegar la posibilidad de disponer en una causa penal el desalojo de inmuebles usurpados, que:

toda medida dispositiva que se ordene con referencia a situaciones de hecho vinculadas al bien jurídico propiedad excede los límites de actuación de nuestra competencia. No es posible, dentro del marco procesal penal, en el que no se ejerció acción civil de esa competencia, aplicar otras normas procesales, máxime si la habilitación procesal para intervenir está apoyada en una mera presunción de culpabilidad de los sujetos pasivos a partir del auto de procesamiento que se dictara, medida que resulta revocable y/o reformable de oficio, a la vez que no implica un juicio de certeza, y cuyos efectos impiden adoptar una medida de tal naturaleza (CNCrim. Correc., sala VI, "Giraldo, Milton y otros", rta. 28/5/1999, por mayoría -Ley, 2000-C, 300-).

En el año 2000, la ley 25.324 (13/10/00) incorporó el art. 238 bis al Código Procesal Penal de la Nación que reza:

En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisoriamente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario.

Cinco años después de la incorporación del art. 680 bis CPCyC, se habilitó un nuevo instrumento recuperatorio, ahora en manos del juez penal, ampliando así la oferta de procedimientos para perseguir la recuperación de un inmueble. Indudablemente, el fin perseguido con la normativa procesal civil no cumplió con las expectativas depositadas, lo que derivó en la penalización de situaciones regidas de manera satisfactoria por el derecho privado.⁶

5. El intruso es calificado como quien accede al inmueble sin derecho alguno, por la fuerza o por la vía de los hechos, consumándose el apoderamiento contra la voluntad del poseedor. Civ. y Com. San Nicolás, 29/9/1994, "S. R. y otra v. C.I.", JA 1995II1268.

6. De la lectura del mensaje de elevación del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación (mensaje n° 297 del 26/3/99, por el que se propiciaba incorporar un texto parecido al finalmente sancionado como art. 311 ter, C.P.P.N.), y de los informes de las respectivas comisiones de las Cámaras de Diputados y Senadores en relación al mismo, queda en claro que lo que preocupaba y lo que se pretendió solucionar con la norma dictada fue la falta de una respuesta adecuada en el proceso penal para tutelar inmediatamente al titular del derecho afectado por la usurpación, sin necesidad de acudir al fuero civil cuya intervención se estimaba insuficiente para aquel fin (Orden del día n° 1935 del período de sesiones ordinarias de 1999 de la Cámara de Diputados de la Nación, ps. 8377/80 y orden del día n° 743 del mismo período y año de la Cámara de Senadores, ps. 2797/2802).

La insatisfacción de las potencialidades del art. 680 bis del CPCyC para solucionar la multiplicidad de supuestos llevó al legislador nacional a sancionar en el año 2001 la ley 25.488 (22/11/01), que incorporó al citado cuerpo los arts. 680 y 684, que contemplan nuevos supuestos para el desalojo interino: causales de cambio de destino, deterioro del inmueble, obras nocivas o uso abusivo o deshonesto (art. 680 ter) y por falta de pago y vencimiento de contrato (art. 684).

Por su parte, los legisladores locales –ya constituida la Ciudad como estado autónomo– sancionaron en 1999 el Código Contencioso Administrativo y Tributario (ley 189), cuyo art. 463 regulaba el trámite de la acción de desocupación de bienes de dominio privado del Estado.⁷ Tal norma resulta interesante a los fines del presente trabajo, ya que con fecha 7 de octubre de 2002 el Tribunal Superior de Justicia⁸ confirmó la sentencia del juez de primera instancia, que declaró la inconstitucionalidad del artículo referido, lo que obligó a la Legislatura local a modificar la redacción del artículo (conforme ley 2.555 del 10/12/2007).

Los argumentos del fallo fueron los siguientes: a) que la norma privaba a los jueces del ejercicio de la jurisdicción y de la posibilidad de actuar como tales, ya que les impedía tomar cualquier decisión propia y sólo les reconocía facultades para dar curso sin más a la solicitud de desalojo; b) que tal disposición procesal, que desnaturalizaba la propia función judicial al impedir a los magistrados actuar precisamente como jueces, quebraba el equilibrio entre los poderes del Estado; c) que la norma colisionaba con el derecho de defensa y debido proceso, ya que no preveía ninguna oportunidad para que quienes pueden resultar alcanzados por una orden de lanzamiento tengan conocimiento de la tramitación de la causa, ocasión de ser escuchados, producir prueba y hacer valer los medios de defensa de que dispongan en tiempo oportuno; y d) que de la vinculación con la concreta situación que testimoniaba el expediente surgía que en el inmueble que se pretendía desalojar habitaba una persona de avanzada edad en situación de emergencia y que el Estado no había demostrado la existencia de un interés público en el desalojo, a más de que se trata de un bien de dominio privado estatal destinado a proveer vivienda. El fallo concluía que, en el marco de la política de asistencia social habitacional vigente en la ciudad, el procedimiento fijado por el art. 463 del CCAyT aparecía como una incongruencia y colisionaba con la protección del derecho a la vivienda como derecho social efectivo (arts. 75. inc. 22, CN y 20 y 31 CCBA), fundamento de aquellas políticas. Cabe señalar la expresa mención que hace el fallo de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ha entendido que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la “seguridad jurídica de la tenencia”, abarcadora del derecho a garantías procedimentales suficientes para revisar en sede judicial la amenaza de desalojo.

Finalmente, en 2007 se sancionó en el ámbito local el Código de Procedimiento Penal de la Ciudad (ley 2303), que incluyó el art. 335 con la siguiente redacción:

En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho

7. La redacción al momento de su publicación decía: En los casos de ocupación de bienes del dominio privado del Estado, cualquiera sea su causa o motivo, si se ha cumplido el plazo previsto o, en su caso, declarado la rescisión o revocación del acto por el cual se hubiera otorgado, aquélla intima la desocupación del/la o de los/las ocupante/s, quienes tienen la carga de restituir el bien dentro del término de diez (10) días corridos. La autoridad administrativa, debe requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupante/s. En tal caso, el Tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, sin más trámite, ordena el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder. La medida no puede suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa.

8. Expte. N° 1556/02 Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ recurso de inconstitucionalidad.

invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario.

Cabe señalar que a lo hasta aquí expuesto se debe sumar las disposiciones del Código Civil referido a la usurpación (arts. 2456 y ss).

3.2 MARCO NORMATIVO LEGAL Y SUPRALEGAL EN TORNO AL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA Y UN HÁBITAT ADECUADO EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD

Comenzaremos la exposición haciendo referencia a la protección del derecho a nivel Federal.

La Constitución Nacional y los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho de acceso a la vivienda adecuada: artículos 14 bis de la CN, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 del PIDESC, 5 inciso e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, cabe resaltar que en virtud del artículo 11 del PIDESC, los Estados reconocen "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia", comprensivo de la "vivienda adecuada", así como el derecho a una "mejora continua de las condiciones de existencia".

Las normas convencionales indicadas tienen rango constitucional "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75 inciso 22 de la CN).

En el precedente "Aquino", la Corte Suprema dijo:

cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

En este sentido, resulta absolutamente necesario considerar las opiniones que expusiera el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a la vivienda en las Observaciones Generales nros. 4 y 7.

En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada.

Por su parte, a nivel local el artículo 31 de la Constitución de la ciudad (CCABA) dice:

La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve 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.
2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.
3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

El artículo transcrito comienza por reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Inmediatamente, la norma organiza en tres incisos una batería de medios para atender dicho derecho. Esas previsiones abarcan desde el ejercicio del poder de policía, del tercer apartado, hasta integración urbanística y social de pobladores marginados, la recuperación de viviendas precarias y la regulación dominial y catastral.

Asimismo, el artículo 17 de la CCABA, referido a las políticas públicas dirigidas a superar las condiciones de pobreza, y por lo tanto, íntimamente vinculadas al tema de las viviendas precarias y al problema habitacional, dice:

La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

A nivel legal, el mandato constitucional fue ejecutado por la primera legislatura que sancionó la ley 148 (29/11/1999). Tal como se sostuvo en el capítulo anterior, la ley declaró de atención prioritaria la problemática social y habitacional en las villas y núcleos habitacionales transitorios (art. 1) y creó una Comisión Coordinadora Participativa (CCP), que debía diseñar los lineamientos generales de un programa integral de radicación y transformación definitiva de las villas en un plazo de cinco años que debía contemplar, entre otros puntos; la regulación dominial de las tierras e inmuebles afectados, la urbanización integral y la integración de esos barrios al tejido social, urbano y cultural de la ciudad. Los objetivos fijados, tal como se dijo anteriormente, no fueron cumplidos. La ley 403, corrió la misma suerte.

Por su parte la ley 1403, que estableció la emergencia habitacional, también tuvo por fin instrumentar mecanismos tendientes a resguardar el derecho en cuestión.

IV. LOS CASOS Y SUS IMPLICANCIAS

La expresión paradigmática de la tensión irresoluble entre el derecho constitucional a una vivienda digna, el fracaso rotundo de las políticas habitacionales, los desalojos forzosos en nombre del desarrollo –bajo la implementación de los programas de embellecimiento urbano– y las prácticas de restituciones sumarias de inmuebles o tierras en el marco del artículo 335 del CPPCABA son los casos villa 1-11-14 y Barrio o Villa⁹ "Costanera Sur Rodrigo Bueno".

9. El proyecto de declaración presentado por los Diputados de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lic. Facundo Di Filippo, Juan Cabandié y Liliana Parada, con relación a la grave situación de los habitantes del asentamiento ubicado en Av. España al 1800 en Costanera Sur, predio lindero a la reserva ecológica, designa como Villa al asentamiento Rodrigo Bueno. Proyecto presentado con fecha 15/09/2009 y girado a la comisión de Vivienda.

Los casos no serán relatados de forma exhaustiva, sino que se señalará aquello que resulta de utilidad a los fines propios de este trabajo, teniendo en cuenta que uno de los expedientes se encuentra en pleno trámite (villa1-11-14) y el otro ("Rodrigo Bueno") fue archivado por el MPF.

4.1. CASO VILLA "RODRIGO BUENO" Y LA ACTIVIDAD DEL MPF

Los hechos que se relatan a continuación tuvieron lugar tiempo después de la situación narrada sobre este mismo conflicto en el capítulo II, apartado 4.2 del presente trabajo.

La criminalización secundaria (Zaffaroni, 2002:7) de este conflicto habitacional se originó con la denuncia policial efectuada por la Administradora y Coordinadora de la Reserva Ecológica Costanera Sur del Ministerio de Ambiente y Espacio Público del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La representante del Estado de la Ciudad de Buenos Aires efectuó la denuncia en el mes de marzo de 2009, en virtud de que en el mes de octubre del año 2008 –según constancias de la causa– habría detectado la rotura de un alambrado perimetral del asentamiento denominado "Rodrigo Bueno", ubicado en el límite Este perpendicular al canal pluvial de Puerto Madero, estando invadido el mentado predio con la construcción de viviendas más allá del perímetro de modo que avanza el asentamiento Rodrigo Bueno sobre la Reserva Ecológica. A raíz de ello, se originó la causa Nro.11986/09 caratulada "N.N s/infracción del art. 181 inc. 1 del CP."

El Ministerio Público Fiscal dispuso en julio de 2009 que la investigación preparatoria tendría por objeto:

determinar la existencia del hecho durante el mes de octubre de 2008, en el predio denominado Reserva Ecológica Costanera Sur; y la posible responsabilidad en el mismo de personas que aún no han sido individualizadas, por cuanto construyeron el alambrado perimetral del asentamiento denominado Rodrigo Bueno (...) invadiendo el mentado predio y efectuaron diversas construcciones, presumiblemente destinadas a viviendas, despojando del derecho de propiedad que el Poder Ejecutivo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ostentaba sobre dicha porción de terreno (...) La conducta descripta se encuentra "prima facie" prevista y reprimida por el artículo 181 inciso 1 ro. del Código Penal.¹⁰

En virtud de ello, dispuso la intervención de distintas Direcciones del Poder Ejecutivo de la CABA sobre el asentamiento, a fin de inspeccionar el estado de las construcciones para que se determine el peligro real o potencial de derrumbe y ordenó la realización de un censo completo sobre los ocupantes de las construcciones.

La investigación así diagramada no tuvo mayor continuidad, la causa actualmente está archivada. Lo único que se registra es una nueva denuncia del Poder Ejecutivo por el avance del asentamiento sobre el predio de la Reserva Ecológica, e informes del Ministerio de Ambiente y Espacio Público que aportaron a la causa los Decretos 2136/06 y 1247/05 del Poder Ejecutivo de la Ciudad.

Lo relevante hasta aquí es que en el marco de una causa penal, el MPF dispuso la realización de un censo que implica la individualización de un grupo de personas indicadas como posibles imputadas de un delito, sin siquiera haber puesto en conociendo de ello a la Defensa. La situación es particular, pues, el grupo de personas sobre el cual recae el señalamiento como posibles imputados está ya determinado; es decir, no hay dudas de que se

10. Causa 11986/09 y 27.413/09, caratulada N.N. s/infra. 181 inc.1, Usurpación actualmente archivada en la Fiscal Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 7. Originariamente radicada en la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas Nro. 6.

trata del grupo de familias y personas que habitan la Villa "Rodrigo Bueno", y sin embargo no hay ninguna persona indicada en modo preciso. Esta razón, y dada las facultades otorgadas al Fiscal por el artículo 335 CPPCABA, crean este espacio de aislamiento de la actividad del MPF en detrimento del Ministerio Público de la Defensa y de las garantías del debido proceso. El MPD no se enteró de la existencia de la causa, aunque en la misma se había ordenado un censo, o en otras palabras, se puso en marcha la implementación de una modalidad de autoincriminación soterrada y de la vulneración de la máxima *Nemo tenetur se ipsum accusare*.

Cuando el MPF dispone la realización del censo sin dar intervención a la Defensa, sumada a la potestad que otorgó el dispositivo de restitución previsto en el Código Procesal, lo que parece desvanecerse es la intervención del imputado en el proceso penal a través del ejercicio pleno de la garantía de defensa en juicio.

4.2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 335 DEL CPPCABA EN EL CASO DE LA VILLA 1-11-14

Un ejemplo de la ampliación del marco residual que corresponde al poder punitivo, y de plausible contradicción con el principio de intervención penal mínima, se produjo en el allanamiento y desalojo dispuesto en el Expediente 5000/09, caratulado "NN s/inf. Art. 181 inc. 1 usurpación".

La causa se inició por una denuncia policial del Poder Ejecutivo, a través del Jefe del Instituto de la Vivienda de Ciudad de Buenos Aires, quien denunció que un grupo de entre 100 y 150 personas no identificadas, entre ellos niños y mujeres, procedió a ingresar mediante la violencia -rompiendo los alambrados del cerco perimetral de la calle Bonorino y las puertas de los departamentos- al complejo de viviendas del instituto referido, sito en la villa 1-11-14. En la causa, el juez hizo lugar al allanamiento solicitado por el MPF y ordenó el desalojo mediante la fuerza para que se restituya el inmueble al Estado de la Ciudad de Buenos Aires, por aplicación del art. 335 CPPCABA. El juez, mediante resolución del día 13 de enero de 2010, hizo lugar al allanamiento y como fundamento para habilitar la medida consideró que el MPF había hecho los mayores esfuerzos por cumplir con el censo, y, que si no había podido efectuarlo, tal impedimento obedecía a que los ocupantes se oponían a dar sus datos personales si no contaban con asistencia jurídica, destacando el juez "el alto grado de hostilidad de los ocupantes". Cabe aclarar que hasta el pedido de allanamiento del MPF, ni el ese Ministerio ni el juez de la causa habían dado intervención a la defensa, sino que esta fue concedida recién cuando tuvo que resolver sobre el pedido de allanamiento, desalojo y restitución de las 112 unidades pertenecientes al edificio de la Villa 1-11-14. En definitiva, el juez habilitó el allanamiento y el desalojo sin dar posibilidad real a quienes iban a sufrir el desahucio de ejercer en forma efectiva el derecho de defensa en juicio. En este caso, el juez desestimó el planteo de la defensa, efectuado en la vista que se le confirió por la solicitud de allanamiento.

Allí la defensa había solicitado que se escuchara a las partes en el marco del juicio acusatorio y que se determinara en forma efectiva si los ocupantes de las viviendas ostentaban algún derecho de posesión sobre el inmueble, aduciendo que la medida era prematura por cuanto implicaba una coacción sin haberse adoptado todos los recaudos legales que tal medida exige para establecer la verosimilitud de derecho que se invoca. Parece surgir de los argumentos volcados por el juez, en la resolución que hace lugar al allanamiento, que la negativa de las personas a efectuar el censo confeccionado por el MPF en lugar de ser un acto de defensa era, más bien, una manifestación de "hostilidad", y que se privilegió la celeridad de la medida de restitución sobre la posibilidad efectiva de escuchar a quienes

iban a padecer el desahucio.

El caso penal no está desligado de una situación compleja de exclusión social y de vulnerabilidad que viene de antaño agudizándose, tal como fue anteriormente descrito en el capítulo II, apartado 2.3: la zona de conflicto es la misma y los inmuebles ocupados y desalojados, sucesivamente son los mismos. Sin pretender valorar la decisión de la jurisdicción, se considera que hubiese sido conveniente efectuar una ponderación de los derechos sociales en juego, es decir, por un lado el derecho a la vivienda de las personas afectadas al expediente, los estándares convencionales a los que debe acogerse el Estado si es él mismo el supuesto damnificado y quien solicita el desalojo; y si la afectación al derecho de propiedad del Estado implica la necesidad extrema de aplicar la medida cautelar.

En la actualidad, el expediente se encuentra en trámite ante Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a espera de resolver sobre si es o no constitucional el desalojo ordenado y convalido por la Cámara del Fuero local.

4.3. LA MEDIDA CAUTELAR Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El caso, tal como ha sido resuelto, parece lejano a una comprensión del derecho contemporáneo, afín a las posiciones teóricas y metodológicas sobre el derecho con razonamientos jurídicos propios del "neoconstitucionalismo" (Alexy, 2007:13). Una caracterización general de aquella teoría de la argumentación jurídica puede expresarse del siguiente modo:

Para los neoconstitucionalistas, la recta comprensión del derecho occidental contemporáneo pasa por atender debidamente a la doble evolución que han experimentado las constituciones occidentales durante la segunda mitad del siglo XX: han aumentado su valor jurídico y sus contenidos materiales. Señal inequívoca de la primera tendencia es la creación de los tribunales constitucionales, que controlan la acción de todos los poderes del Estado para garantizar la supremacía constitucional. Señal inequívoca de la segunda es la presencia en los textos constitucionales de valores, de fines, y sobre todo de derechos. Esta evolución del valor jurídico y de los contenidos de las constituciones genera consecuencias de relieve para todo el sistema jurídico y, por tanto, para el modo en que debemos contemplarlo, valorarlo y trabajarlo (Alexy, 2007:15).

En nuestras Constituciones, tanto nacional como local, las fuentes normativas de derechos humanos y la jurisprudencia de las Cortes y las comisiones internacionales de derechos humanos han ganado presencia y se impusieron frente a la leyes, lo que afecta al modo de interpretar las normas, porque el carácter material y abierto de las normas constitucionales requiere de un tipo de razonamiento jurídico mucho más complejo que el tradicional. Y afecta también al modo de aplicarlas, que a menudo requiere ponderar y no sólo subsumir.

Esto se vincula a la construcción de una teoría de los derechos fundamentales, y el derecho a la vivienda¹¹ integra el derecho fundamental de la dignidad de la persona que nada tienen que ver con el derecho a la propiedad en sentido clásico.

Por todo ello, la mayor parte de los neoconstitucionalistas, como lo es especialmente Alexy, no son positivistas,¹² y entienden que:

11. Se lo comprende como derecho fundamental y social de las minorías desfavorecidas. En este sentido, ver Peces-Barba, Reflexiones de sobre los derechos sociales, en Alexy (2007:85-101). "No como principal reivindicación de la burguesía comercial e industrial en su lucha por la emancipación de la monarquía absoluta a partir de los siglos XVII y XVIII: uno de los núcleos básicos del capitalismo: derecho de propiedad."

12. Se utiliza el sentido más ortodoxo del vocablo: actividad jurídica que se reduce a la subsunción del hecho a la norma y a la asepsia de las leyes de todo valor moral.

El positivismo jurídico ya no sirve para comprender el derecho de nuestros días; en el mejor de casos habría sido válido para el viejo estado derecho legislativo, pero ya no para el moderno estado de derecho constitucional (Alexy, 2007:16).

En definitiva, los derechos constitucionales se han expandido más allá y por encima de los derechos liberales clásicos, y por lo tanto la ponderación de derechos constituye una de las tareas principales de cualquier teoría de la argumentación.

A modo solamente indicativo, y a poco andar sobre la lectura de la decisión del Juez en la causa Villa 1-11-14, que luego la Alzada confirmó, podemos advertir que no se ha siquiera mencionado la existencia de los derechos en juego o de las necesidades básicas que estos individuos –destinatarios de las medidas de coerción– no podían alcanzar por sí mismos, más aún porque existe en el caso un encuentro irresoluble entre la acción positiva del Estado que fracasó en la implementación de programas habitacionales y pasó de ser garante del derecho a la vivienda, a ser un damnificado en su derecho de propiedad, transformándose –en la medida que reclama la restitución del inmueble– en el único responsable de vulnerar el derecho a una vivienda.

4.4. EL DEBIDO PROCESO EN LOS CASOS DE DESALOJO

De lo que desconoce también la decisión jurisdiccional es acerca del marco de protección legal pautado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Com/DESC) para que un desalojo resulte compatible con el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Para ello el Comité tuvo que definir los alcances de la expresión “desalojo forzoso”. La Observación General N° 7 (parr. 3) define al desalojo forzoso como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.

Siguiendo la definición dada, un desalojo es calificable de forzoso no sólo porque resulte compulsivo o contrario a la voluntad de los desalojados, sino, fundamentalmente, porque se produce en términos incompatibles con el riguroso régimen de protección que establece preceptivamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Obs. Gral. 4, parr. 18, y Obs. Gral. 7 parr. 1 y 9). Así, todo desalojo forzoso opera en la ilegalidad.

Si a toda persona le asiste el derecho a acceder a una vivienda adecuada, es consecuencia necesaria de ello que, de estar ya gozando de una vivienda (fuese adecuada o no), le asiste entonces al derecho a la protección de ese goce (Gialdino, 2010).

La protección a ese goce, tal como lo sostiene el Comité, se ve traducida en la exigencia y la obligación que tiene el Estado de reconocer y resguardar, como componente esencial del derecho a la vivienda, la seguridad jurídica de la tenencia. Según el Comité, esta tenencia debe entenderse en un sentido amplio, pues comprende: el alquiler (público o privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra (Obs. Gral 4, parr. 8 y Obs. Gral 7, parr. 1 y 9).

El organismo internacional ha establecido una serie de exigencias que deben ser cubiertas por la ley de los Estados en materia de desalojo. Incluyen las relativas a la debida protección procesal y al proceso con las debidas garantías, ya que tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos

reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos (Obs. Gral. 7, parr. 15).

Así se debe:

1. Especificar con detalle, rigurosamente, las circunstancias precisas bajo las cuales se podrá autorizar el desalojo y las salvaguardias que deben rodearlo (Obs. Gral. 7, parr. 9 y 14).

2. Conceder una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas (Obs. Gral. 5, parr. 15), sobre todo cuando, por ese conducto, al menos, deben estudiarse todas las posibilidades que permitan evitar o, cuanto menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza.

3. Establecer un plazo suficiente y razonable de notificación a todos los individuos afectados con antelación a la fecha prevista para el lanzamiento (Obs. Gral. 7, parr. 15).

4. Facilitar a los interesados información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras (Obs. Gral 7, parr. 15).

5. Prever la presencia de funcionarios estatales en el desalojo y la identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo (Obs. Gral 7, parr. 15).

6. Prohibir los lanzamientos cuando haga muy mal tiempo o de noche.

7. Ofrecer recursos jurídicos efectivos a los interesados.

8. Evitar toda forma de discriminación.

Pero, aun cuando se hubieran satisfecho todos y cada uno de los recaudos aplicables, no deben conducir a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Pesa sobre el Estado garantizar que cada víctima de un desalojo, de ser necesario, reciba una vivienda adecuada o una indemnización previo a la ejecución de la medida (Gialdino, 2010).

Por otro lado, el Comité ha censurado:

1. Las órdenes provisionales de desalojo dictadas por los tribunales sin sustanciación con los afectados y que no puedan ser suspendidas de tal manera que todo derecho de recurso carece de sentido y en realidad las órdenes de desalojo temporal adquieren carácter permanente, en violación de la directrices de Comité establecidas en sus Observaciones Generales Nos. 4 y 7;

2. Los desalojos ejecutados mediante el uso excesivo de la fuerza y con malos tratos, cuando no quemando y destruyendo viviendas, cultivos bienes y animales.

Bajo estas condiciones es al menos cuestionable que la orden de allanamiento y desalojo, tal como fue fundada, haya sido compatible con los estándares previamente señalados.

4.5. EL ART. 335 DEL CPPCABA Y LA GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO

Como se explicó anteriormente, una de las cuestiones esenciales para que la medida cautelar cumpla con los estándares convencionales, es que previo a la ejecución de la medida se escuche a las personas afectadas.

Ahora bien, las garantías de defensa en juicio y de debido proceso se ven acotadas a favor de dotar de mayor celeridad a la restitución del inmueble.

Del informe anual del Ministerio Público Fiscal 2008/2009, se observa que el objetivo principal en las causas por usurpación es la obtención de la restitución anticipada del

inmueble, y no la persecución del ilícito.

Al respecto, algunas fiscalías de primera instancia del fuero han informado que:

Respecto a las causas en las que se investigan infracciones al art. 181 del Código Penal, se privilegió la producción de medidas tendientes a efectivizar la restitución de los inmuebles a sus propietarios en el menor tiempo posible, que posibilitaron una pronta y eficaz solución de los conflictos, y un alto grado de satisfacción de las pretensiones de los ciudadanos damnificados (Segundo Informe Anual de Gestión Mayo 2008/Mayo 2009, MPF, p. 198).

Esta prioridad se ve reflejada en las estadísticas oficiales publicadas por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad. Durante el año 2008, de 579 causas iniciadas por el delito de usurpación (entre julio y diciembre de 2008) existieron una suspensión de juicio a prueba, dos prescripciones, 14 incompetencias y ninguna sentencia (condenatoria o absolutoria).¹³ Según los números expuestos, de las 579 causas, 17 fueron resueltas judicialmente y 562 fueron archivadas por la fiscalía. La mayoría de estos archivos se produjeron luego de la restitución anticipada del inmueble.

Asimismo, según un informe suministrado por la Secretaría General de Planificación Estratégica y Acceso a la Justicia de la Defensoría General de la Ciudad realizada a partir de la información del sistema JUSCABA, en los primeros ocho meses del año 2009 se iniciaron 1164 causas por usurpación. Tomando este número más el total de causas tramitadas durante el año 2008, de esas 1743 causas, el Ministerio Público de la Defensa intervino sólo en 85 procesos, y la Asesoría Tutelar General en no más de 30.

Estos datos confirman lo resaltado en el informe de gestión del Ministerio Público Fiscal: ante los casos de usurpación, su objetivo reside en dictar la medida de restitución y luego la causa pierde interés, y al no haber imputados, es finalmente archivada. Así, la restitución anticipada pasa a constituir el objeto principal de la acción penal.

El uso abusivo del procedimiento penal y de una medida excepcional tiene por finalidad eludir el procedimiento contencioso administrativo o civil, que brinda, paradójicamente, mejores garantías de defensa a los ocupantes.

Esto desnaturaliza los objetivos del proceso penal y permite la utilización de la violencia estatal no ya como último recurso, sino como vía sustitutiva a la del proceso civil.

Cuando el único interés en los delitos de usurpación se centra en la restitución inmediata, –tornando una medida provisional en la única finalidad del proceso que se transforma en definitiva, previo a que se identifique a algún posible autor o participe que resulte intimado por el hecho–, la medida de restitución constituye una vulneración directa a la garantía de defensa en juicio, dado que sin existir una persona individualizada por el hecho no hay posibilidad de ejercer una defensa; pese a que la restitución se ordene en forma cierta.

En este sentido, el profesor Julio Maier (2004:553) afirmó:

Para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de qué defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación.

La imputación, para garantizar la defensa en juicio, debe ser conocida:

13. Anuario estadístico del año 2008 del fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad disponible en <<http://cmcaba.jusbaires.gov.ar>>.

Nadie puede defenderse de algo que no conoce. Es por ello que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida; darle a conocer al imputado aquello que se le atribuye, se conoce técnicamente con el nombre de intimación (Maier, 2004:559).

El Código Procesal Penal de la Ciudad prevé esta intimación en sus artículos 28 y 96; imputación que es la base de la acusación y motor de la investigación penal.

Por lo tanto, permitir que en base a una simple determinación del hecho, sin imputación, y sin intimación a persona alguna, se ordena una medida cautelar, cercena el ejercicio real la garantía constitucional de defensa en juicio.

El aforismo latino *ne procedat iudex ex officio* y *Nemo iudex sine actore* (Maier, 2004:554) es una máxima central del principio acusatorio, y expresa como condiciones previas a que pueda ejercerse la defensa en juicio, la existencia de una imputación y una intimación. Si el Ministerio Público Fiscal, o el juez, ordenan la restitución inmediata de un inmueble, sin que exista intimación, se está procediendo a dictar una medida de coerción en un proceso penal sobre personas indeterminadas, o lo que es lo igual, dar curso a un proceso en contumacia, que está vedado constitucionalmente.

Como se dijo, esta modalidad de ordenar restituciones inmediatas sin que exista un individuo intimado, en violación a la garantía constitucional de defensa en juicio, fue una práctica frecuente en la Ciudad desde el traspaso del delito. Si bien el MPF, mediante un criterio general de actuación, estableció la realización de un censo para los casos de usurpación, en la mayoría de las causas no se da conocimiento a la defensa de ello, y en las causas como las aquí analizadas, que se dan en el marco de una villa, la realización del censo suele ser interrumpida y eludida con la justificación de tratarse de un ambiente peligroso y hostil. En virtud de ello, la Defensoría General y la Asesoría Tutelar General emitieron la resolución conjunta DG 210/09 y AGT 172/09, en las que se solicita al Sr. Fiscal General que adopte las medidas pertinentes a fin de garantizar que los fiscales de primera instancia requieran la intervención del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar en todos los casos de usurpación desde el momento de recepcionar la denuncia.

Es el juez quien debe asegurar que se ejerza efectivamente la defensa en juicio, previamente al dictado de la medida de restitución inmediata, o en su caso, de la orden de allanamiento respectiva. La Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad en la causa 21954/08, caratulada NN, (Virrey Liniers 192) s/ infr. Art. 181 del CP, resuelta el día 14 de noviembre de 2008, consideró que para que proceda la restitución inmediata debe verificarse:

la necesidad de que exista una imputación a persona concreta, como así también la presencia de un cuadro fáctico necesario para tener por acreditada la verosimilitud del delito de usurpación cuyos efectos se buscan conjurar con la medida bajo análisis, es decir, la concurrencia de indicios de que se está en presencia de tal delito.

Asentada jurisprudencia de la Justicia Nacional ha interpretado en forma concordante con aquello, lo establecido en el artículo 238 bis CPPN. Así, la Cámara Nacional Criminal y Correccional consideró reiteradamente que:

sino media convocatoria en los términos del art. 294 del CPPN deviene prematura la entrega del inmueble fundada en el artículo 238 bis del CPPN pues se requiere, cuanto menos, la sospecha de que quien habita el inmueble participó de la comisión del hecho delictivo aquí investigado (CNCrim. Y Correc., Sala VI, cincunegui, Juan B 27/08/07).

En este mismo sentido otra Sala sostuvo que:

En una causa por usurpación, corresponde rechazar el desalojo del inmueble presuntamente ocupado, que fuera solicitado en los términos del art. 238 bis del Cód.Proc. Penal si no se ha ordenado aún la citación de ninguna persona a prestar declaración indagatoria desde que, la adopción de una medida de este tipo debe estar respaldada por la sospecha de que los imputados han participado en el hecho investigado (CNcrim. Y correc. Sala II Cruz, Luciano del 19/02/08).

El control de estos presupuestos sobre la conducta delictiva debe efectuarse antes y no después del dictado de la medida de restitución, y no puede ser excusado pese a la complejidad que entrañe el hecho denunciado.

En este sentido, si se trata de grupos de familias que se encuentran en asentamientos de propiedad del Estado, encontrándose comprometida la acción positiva del Estado como garante de ese derecho (incumplimiento que determinó previamente la situación de precariedad habitacional), debe abstenerse de producir desalojos, y mucho menos puede hacerlo valiéndose de una medida cautelar que contradice todas las garantías del debido proceso penal.

Dado que las características de estos casos en sí exceden los límites propios del proceso penal clásico –pues para dar una solución expedita al asunto dentro del marco del derecho penal los principios rectores del debido proceso penal en el Estado de Derecho deben ser suspendidos, ceder–, el juez no debe privilegiar la medida utilitaria flexibilizando los pilares del juicio de garantías. Lo contrario, es decir, producir desahucios a manos del Estado mediante dispositivos que se ejecutan por fuera y en detrimento de las garantías del debido proceso es perforar directamente la vigencia del Estado de Derecho permitiendo la ampliación, siempre en tensión, del Estado de autoritario.

Tampoco se aplica la medida como coerción administrativa directa que suspende en el tiempo la continuidad de delito, pues en la mayoría de los casos registrados, y la particularidad de los casos relevados, se trata de ocupaciones que tienden a hacer efectiva por parte de sus habitantes el derecho de acceso a una vivienda digna.

Toda medida de coerción representa una intervención del Estado en el ámbito de las libertades individuales, fundamentalmente las que son utilizadas durante el procedimiento, pues ellas son aplicables a un individuo a quien, por mandato constitución, goza de un estado de inocencia (Maier, 2004:518).

Las medidas de este tipo deben imponerse de modo restrictivo, teniendo en cuenta no vulnerar el debido proceso y considerando la particular situación sobre la cual recaerá la medida. El propio Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires dispone en su artículo 169 que las medidas de coerción deberán ser excepcionales y por el tiempo mínimo razonable.

V. CONCLUSIÓN

Una posible conclusión provisoria con relación a qué significa la figura procesal del artículo 335 del CPPCABA es la que deriva de articular los siguientes aspectos del delito de usurpación. Si se debe distinguir el derecho a poseer de la posesión misma, disponien-do que quien tenga derecho a poseer pero no tenga la posesión no puede tomarla sin recurrir a las vías legales, porque si actúa de propia mano por los medios previstos en la figura incurrirá en el delito de usurpación; el artículo 335 sería un dispositivo ilícito –para que el Estado entre en posesión de un inmueble sin recurrir a las formas legales previstas.

Sumado a ello, si proyectamos sobre el delito de usurpación las observaciones Generales del Comité, sobre el PDESyP con relación al derecho a una vivienda digna o adecuada, que naturalmente son un marco hermenéutico obligatorio conforme la CN por disposición del artículo 75 inc. 22, parece surgir de forma evidente que el art. 335 CPPCABA autoriza no sólo a desconocer el derecho real de posesión enalteciendo el derecho de propiedad del título, sino que además se pronuncia –el Estado a través de esta norma procesal– abiertamente a favor de los títulos de propiedad en contra del derecho a la vivienda y a la dignidad de la persona, derecho humano fundamental, que paradójicamente debe ser garantizado por el propio Estado.

Es posible que este trabajo verse sobre la tensión originaria que se inscribe al interior del propio fundamento del Estado soberano, como ente dotado de fuerza coactiva para defender antes que al ciudadano al hombre propietario.

Del análisis de la compleja relación y duplicación normativa entre las disposición de distintas esferas de competencia y jurisdicciones sobre la propiedad y su defensa por parte del Estado, lo que queda en evidencia es la identificación, consubstanciación y superposición de los intereses del Estado con los intereses individuales de propiedad de quienes ejercen el poder del Estado.

Pues lo que se expone de modo claro luego de examinar el conflicto social y la legislación al respecto es que el Estado, en lugar de expresar los intereses establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con relaciones a las personas con quienes tiene un deber positivo de hacer cumplir derechos básico establecidos en la Constitución, expresa los intereses de la elite dominante. La elite urbana ejerce prácticas que Kinhide Mushakoji denomina como desarrollo racista, en tanto que proyectan políticas en las metrópolis nacionales que sirven a intereses de planes inmobiliarios perjudicando a grupos vulnerables (Gialdino, 2010).

Lo relevante de este trabajo se centra en intentar proyectar una mirada que incluye en su construcción la historia de un conflicto social aún irresuelto y la incidencia del derecho penal, o más precisamente, del poder punitivo del Estado sobre la dimensión social de ese conflicto.

Se concluye que será tarea de los integrantes del poder judicial sopesar las ansias del poder político de gestionar la pobreza a costas de la vigencia del Estado de Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (2007); "Derechos Sociales y Ponderación"; editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid; 2007.

Amadeo, José Luis (2006); "Reintegro de inmuebles usurpados", JA 2006-II-1451.

Cravino, María Cristina (2009); "Entre el arraigo y el desalojo. La villa 31 de Retiro. Derecho a la Ciudad, capital inmobiliario y gestión urbana; Universidad Nacional de General Sarmiento, Buenos Aires.

Fuster, Gabriel A. – Ventura, Gabriel B. (2007), "De la usurpación y la protección jurídica de la posesión y la tenencia"; LexisNexis online cita Lexis N° 0003/70039470-1.

Gialdino, Rolando E. (2010); "Los desalojos y los derechos humanos", La Ley, 26/02/2010, 1.

Hornos, Roberto E. (2001), "El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados",

La Ley 2001- E, 936.

Luqui, Roberto E. (2009), "Un precedente valioso y al mismo tiempo peligroso" LexisNexis online cita Lexis N° 0003/014769.

Maier, Julio B (2004); "Derecho Procesal Penal I. Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires.

Oszlak, Oscar (1991); "Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano", Editorial Humanitas, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio R.- Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro (2002), "Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires.



Juan Carlos Riccardini

Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Mención honorífica

Análisis del “delito” de usurpación por despojo y la medida de restitución de inmuebles, a la luz de la emergencia habitacional de la CABA*

Juan Carlos Riccardini**

“Si el hombre normal del pasado tenía un serio respeto a la propiedad, pudo ser bien porque a veces tenía él una propiedad.” Gilbert Keith Chesterton (escritor británico, 1874–1936)

I. INTRODUCCIÓN

La crisis habitacional que presenta actualmente la Ciudad de Buenos Aires constituye uno de los problemas más graves de la metrópolis y requiere de un urgente diseño e implementación de políticas públicas definidas y consensuadas para solucionarlo.

Según un informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, el déficit habitacional se ha agravado en los últimos años. Si bien en las líneas siguientes se profundizará sobre la cuestión, puede adelantarse que ya en los años 2001/2002 se estimaba que entre el 15 y el 20% de la población de la Ciudad se encontraba en una situación habitacional deficitaria (Área de Derechos Sociales-Vivienda, 2007:4). En valores más actuales, se estima que más de medio millón de personas tienen problemas de vivienda en la Ciudad, lo que significa que habitan hogares en malas condiciones, barrios informales y asentamientos, o directamente no acceden a ningún tipo de morada (Centro de Estudios Perspectiva Sur: 2010)¹

Por otro lado, una rápida mirada al título de los “Delitos contra la propiedad” del Código Penal nos permite percibir el esfuerzo y particular atención que el legislador ha dedicado a la tipificación de aquellas acciones lesivas del patrimonio en general, lo que no parece casual si se considera que el patrimonio resulta ser uno de los principales atributos de la persona en el mundo actual. Así es que a las normas penales que protegen cosas muebles se le suman aquellas que tipifican diversos delitos sobre inmuebles, los cuales han recibido a su vez una amplia tutela legislativa, tal y como veremos en el desarrollo de este trabajo, a punto tal que el legislador nacional ha establecido un catálogo represivo omnicomprensivo –y en algunos casos excesivo– a la hora de encarar la pretendida protección de la propiedad inmueble.

Esta circunstancia parece encontrar respuesta en la denuncia constante y periódica que desde las agencias de comunicación social se enerva hacia el imaginario social, haciendo eco de un “estado o sensación de inseguridad” que hoy en día tendería a atacar la estabilidad económica de aquellos individuos poseedores de valores negociables, sean estos muebles o inmuebles.²

* Trabajo ganador de la Mención Honorífica del Premio Formación Judicial 2010, en el eje: “Usurpación. Soluciones procesales, derecho a la vivienda”.

** El seudónimo utilizado fue “Saint Exupery”.

1. Según estadísticas no oficiales y estimaciones plasmadas en los medios de comunicación: “La crisis de vivienda duraría un siglo”, diario La Nación, publicado el 25/02/07, disponible online en: <www.lanacion.com.ar>. Otros links relacionados: <www.agenciacta.org.ar>.

2. Es interesante reproducir en este punto las palabras del maestro Zaffaroni, quien sostiene al respecto que: “Con ello no sólo se magnifica la inseguridad sino que, al proclamarse la existencia de una pretendida impunidad o lenidad generalizada, se lanza un met mensaje que incita públicamente a los excluidos al delito ‘delincan que no pasa nada’.

En esa inteligencia, las acciones mediante las cuales una categoría particular de individuos –en la mayoría de los casos desposeídos de todo derecho y expectativa de detentar en un futuro cercano el dominio o la posesión de un bien inmueble– que priva del ejercicio de su derecho de posesión a otro individuo, es visto por la sociedad en su conjunto como un grave ataque a la propiedad de toda persona (Toledo). Posiblemente por ese motivo las agencias de criminalización primaria han bregado por insumirle diferentes grados de tutela a la incolumidad del derecho de propiedad sobre estos objetos, circunstancia que ha derivado en la creación de innumerables institutos que, por ejemplo desde el orden civil, pretenden otorgarle una protección amplísima, siempre en función de los distintos grados de afectación y los derechos reales que pueden estar en juego, sean estos de dominio, posesión, usufructo, uso, habitación, etc. (Toledo)

Frente a este panorama, el presente trabajo tiene por objeto preguntarse si el pretendido esfuerzo normativo que otorga el sistema penal, y principalmente la legislación procesal penal, es necesario, pertinente, razonable y eficaz para brindar una solución adecuada para la situación social actual o si, por el contrario, la creación de figuras penales y medidas cautelares extrapoladas de otras disciplinas del derecho obedece al fracaso de políticas públicas y las respuestas punitivas anticipadas provenientes del derecho civil y su par administrativo, resultando en la administrativización del Derecho Penal, contraria por ende al principio de última ratio.

Para ello, luego de brindar un panorama sobre la situación de emergencia habitacional actual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ingresará al análisis en particular del tipo penal de usurpación por despojo y su medida procesal por antonomasia, consistente en la restitución de inmuebles usurpados en sede penal, proponiendo en el camino diversas soluciones a la problemática –respetuosas de las garantías constitucionales–, que en definitiva no pretenden más que propiciar una solución alternativa al conflicto, que no implique caer en el facilismo de buscar en el derecho penal la solución para todos los males de la sociedad.

II. LA EMERGENCIA HABITACIONAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

2.1. CAUSAS Y PANORAMA ACTUAL

En el mes de diciembre del año 2001 estalló en nuestro país una grave crisis social, política y económica. La explosión social que puso fin al régimen económico implantado durante los años 90 condicionó fuertemente la política que sobrevino en los últimos años. En quince días el país tuvo cinco presidentes, cayó en default financiero, abandonó la férrea política cambiaria que sostenía desde 1991, y devaluó el peso. Todo ello en medio de una crisis marcada por un exagerado aumento de la desigualdad en la distribución del ingreso, y el crecimiento del desempleo y subempleo a niveles alarmantes (COHRE, 2005).³

Si se analiza la evolución de la cantidad de individuos que cayeron a nivel de indigencia en los últimos años, se adquiere una idea del impacto violento de la crisis.⁴ Así es que según la información recabada por la Dirección General de Estadísticas y Censos de la Ciudad de Buenos Aires, al mes de junio del corriente año, el 30,7% de los porteños no alcanza a cubrir

asumiendo el efecto de una profecía autorrealizada; el mensaje, lejos de ser indiferente a la criminalidad común, en tiempos de desempleo, exclusión social y carencia de proyectos existenciales, pasa a tener claros efectos reproductores (Zaffaroni, 2009:74).

3. Más información en <www.cohre.org>.

4. El concepto de línea de emergencia utilizado por el INDEC procura establecer si los hogares cuentan con ingresos suficientes para cubrir la canasta básica de alimentos, que satisfaga el umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas. De esta manera, los hogares que están por debajo de ese umbral o línea, se consideran indigentes.

la canasta familiar con sus ingresos.⁵ Como resultado de la crisis económica, entre los años 2001 y 2002 se transformó la estructura social del área metropolitana de Buenos Aires y se incrementaron las tasas de indigencia y pobreza en el aglomerado del Gran Buenos Aires. Todas estas circunstancias han tenido un alto impacto en el contexto del derecho a la vivienda.

En la ciudad de Buenos Aires, uno de los problemas centrales para materializar el derecho de la población a una vivienda adecuada, que cumpla con los estándares internacionales, es la dificultad de acceder al suelo. Vastos sectores de la población de escasos recursos, ante la imposibilidad de calificar en los esquemas y mecanismos tradicionales del mercado, vienen resolviendo su necesidad de alojamiento mediante estrategias alternativas calificadas como "informales". La nota distintiva de este tipo de hábitat, además de la precariedad, es la falta de seguridad que presenta la tenencia y la mayor exposición o riesgo a situaciones de desalojos. Dentro de estos tipos de informalidad urbana se computa la población que reside en villas de emergencia,⁶ otros asentamientos precarios, casas tomadas, hoteles, conventillos, pensiones o predios ociosos (Área de Derechos Sociales-Vivienda, 2007:10).

El Estado tiene un rol decisivo en la problemática habitacional y la producción del hábitat "informal". La intervención en la regulación del mercado del suelo y otros mercados relacionados (vivienda, créditos, alquileres) tiene un fuerte impacto sobre el acceso a la vivienda de la población de menores recursos. En la Ciudad, luego de la crisis económica del año 2001, el mercado de la construcción y la actividad inmobiliaria cobraron un impulso importante. Sin embargo, este mayor dinamismo que verificaron estos sectores respondió a una lógica del tipo especulativo, ya que luego del año 2001 el mercado de inmuebles se habría constituido en la opción más segura para la colocación de ahorros y la construcción se transformó en un negocio rentable para los operadores privados y los emprendimientos urbanos de magnitud. En virtud de ello, el auge de estos mercados no sólo tuvo una escasa o nula incidencia en la reversión del déficit habitacional, sino que contribuyó a incrementar exponencialmente el valor del suelo y de los inmuebles, aumentando las restricciones de acceso a la vivienda de los sectores de menos recursos. Asimismo, el mercado de inmuebles no fue el único que verificó un importante incremento de precios, sino que también aumentaron considerablemente el valor de los cánones locativos y los requisitos exigidos por los titulares dominiales para calificar como locatarios, lo que devino en una selección natural de los inquilinos que no hizo más que excluir del mercado a los sectores medios y medios-bajos de esta forma de tenencia (Área de Derechos Sociales-Vivienda, 2007:3).

Por su parte, en el transcurso del año 2008, según el Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad, el Programa de Atención para familias en situación de calle intervino en 374 casos de desalojo que afectaron a 3.306 familias, lo que implica un promedio de casi diez familias desalojadas por día en la ciudad.⁷ Asimismo, según un informe elaborado por la Oficina de Estadísticas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del Poder Judicial de la Nación, las causas iniciadas durante el ejercicio 2006 en concepto de desalojo –por falta de pago, vencimiento de contrato, comodato, intrusos y otras causales– ascendieron a 4.833, no disponiéndose de datos certeros que nos permitan establecer la cantidad de familias afectadas en cada causa, aunque podría estimarse un número mucho mayor si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos las sentencias de desalojo suelen afectar

5. Para mayor información véase: <www.buenosaires.gov.ar>. Ver también, en el mismo sentido, Bermúdez (2007).

6. Es preciso aclarar que, por la característica propia de la residencia en villas, la eventual condición de propietario de la que gozan algunos sólo incluye la vivienda (y no el terreno), lo que implica una situación precaria de estabilidad residencial que excede esa forma de ocupación.

7. Información proporcionada a la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el Ministerio de Desarrollo Social, en el marco de un pedido de información por ley N° 104 Reg. N° 195DGROCTYAL-08, el 27 de noviembre de 2008.

a varios grupos familiares que residen en el lugar. Asimismo, en ese mismo año la justicia dictó 1.976 sentencias de desalojo⁸.

En lo que respecta a acciones del Estado respecto de bienes de su dominio privado, según la Procuración General de la Ciudad, el gobierno local inició, durante 2008, 102 acciones judiciales de desalojo, mientras que respecto de los bienes de dominio público del Estado, en el mismo año se efectuaron al menos 15 desalojos por orden administrativa.⁹

Ya adentrándonos en el ámbito penal, según los datos recabados en el segundo informe de conflictividad elaborado por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad,¹⁰ en el periodo comprendido entre el 9 de junio del año 2008 al 8 de junio del año 2009, ingresaron 15.764 causas penales al fuero Penal, Contravencional y de Faltas, de las cuales 1158 se iniciaron por presunta infracción al art. 181 del Cód. Penal, ocupando de ese modo el tercer puesto en cantidad de ingresos entre los delitos transferidos, detrás de las amenazas y daños.¹¹ Del mismo modo, del informe estadístico efectuado por el Ministerio Público Fiscal en torno al art. 181 del Cód. Penal¹² se desprende que en el período comprendido entre los meses de junio del año 2008 a julio del año 2009, ingresaron al sistema 1.190 casos por este delito, de los cuales el 70% se instruyó a partir de la formulación de denuncias, y el 30% restante en virtud de las tareas de prevención que realizan las fuerzas de seguridad, encontrándose el foco de mayor conflictividad ubicado en la zona correspondiente a los barrios de Almagro, Balvanera, Monserrat, San Cristóbal y San Nicolás.

Esta situación, lejos de ser novedosa, ya había sido puesta de resalto con anterioridad por organismos de derecho internacional. El 1° de diciembre del año 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU examinó el segundo informe periódico de la República Argentina,¹³ y entre sus observaciones finales,¹⁴ más allá de destacar algunos aspectos positivos como la existencia de un plan gubernamental para la adquisición de viviendas, manifestó su preocupación por la falta de vivienda en la Argentina, como así también por el alto grado de ocupación ilícita de edificios, sobre todo en Buenos Aires, y por las circunstancias en que se producen los desahucios (puntos 20 y 21).¹⁵

En síntesis, los datos acerca del contexto socio-económico descriptos en este apartado –basados en fuentes oficiales– no hacen más que demostrar el deterioro social producido en la Ciudad de Buenos Aires en los últimos años. El aumento de la pobreza y la indigencia, la precariedad laboral y la consecuente disminución de la capacidad adquisitiva de un gran sector de la sociedad, evidencian la gravedad de la situación social y económica de los habitantes de la Ciudad, y el consecuente deterioro de la situación habitacional de muchas familias que ven vulnerado su derecho a acceder a una vivienda digna.

2.2. EL ABORDAJE ESTATAL DE LA EMERGENCIA HABITACIONAL

A continuación, se efectuará un *racconto* histórico de los principales programas sociales

8. Información disponible en <www.pjn.gov.ar>.

9. Información proporcionada por la Procuración General de la Ciudad a la Presidencia de la Comisión de Vivienda de la Legislatura mediante pedido de informe técnico, NOTA N° 1484-DGZJ-2008 con fecha 17 de diciembre de 2008.

10. El texto completo puede consultarse en: <www.mpf.jusbaires.gov.ar>.

11. El delito de usurpación, al igual que los demás incluidos en el segundo convenio de transferencias penales, cuenta con la intervención de la justicia local desde el 9 de junio del año 2008 (Resolución nro. 54/08 de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Resolución nro. 32/08 de la Procuración General de la Nación).

12. Su texto se lo puede consultar en: <www.mpf.jusbaires.gov.ar>.

13. E/1990/6/Add.16.

14. E/C12/1/Add.38, de fecha 8 de diciembre de 1999.

15. El texto completo puede consultarse en: <www2.ohchr.org>.

adoptados por el Poder Ejecutivo local a lo largo de los últimos años, tendientes a responder a situaciones de vulnerabilidad social con base en la emergencia habitacional de grupos familiares o personas solas, y su consecuente resultado; ello con el objeto de ilustrar al lector sobre la magnitud de la problemática que reviste la emergencia habitacional en nuestra Ciudad.

En el mes de diciembre del año 1985 se creó el "Programa de Atención en Casos de Emergencia Individual o Familiar", a través del Decreto nro. 91/85 y se promulgó la Ordenanza nro. 41.110.¹⁶ Dicho programa otorgaba alojamiento en hoteles, por el término de quince días, a grupos familiares que se hallaban en situación de calle y que por su composición¹⁷ se hallaban impedidos de alojarse en hogares dependientes de la entonces Subsecretaría de Acción Social.¹⁸

Posteriormente, en el mes de junio del año 1997 se creó el "Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional", a través del Decreto nro. 607/97,¹⁹ con el objeto de detectar, abordar y orientar a personas solas o grupos familiares que se encontraban en situación de emergencia habitacional.²⁰ En el marco de dicho programa integrador se instrumentaron dos tipos de intervenciones. La primera de ellas destinada al alojamiento en dormitorios nocturnos y hogares de tránsito para personas solas (Programa para las Personas Sin Techo)²¹ y la otra destinada al alojamiento por el término de quince días en hoteles a grupos familiares (Programa para las Familias Sin Techo).²² En la práctica, esta modalidad de alojamiento transitorio en hoteles se prolongó por años. Ello se debió, en parte, a la falta de acciones desplegadas por el estado local –pese a las metas propuestas en el programa en cuestión– a fin de lograr un adecuado abordaje de la problemática, que incluyera no sólo alojamiento, sino la realización de un diagnóstico y un abordaje interdisciplinario de los grupos afectados.

Así es que según un reciente informe elaborado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad: los objetivos de intervención inmediata para la superación de la emergencia habitacional –en un breve lapso de tiempo– no pudieron ser alcanzados, toda vez que, diversos factores –entre ellos la crítica situación socio-económica que se vivió en el país en los últimos años– coadyuvaron a cronificar la emergencia habitacional de los grupos familiares asistidos. En este contexto, el

16. B.M.B.A. n° 17.725.

17. Grupos familiares no contemplados como población objetivo de los hogares existentes; a saber: padres solteros con hijos a su cargo, familias numerosas, etc.

18. Así, en la Ordenanza n° 41.110 se determinó que el Programa de Atención de Casos de Emergencia Individual o Familiar tendría como finalidad atender casos de extrema necesidad a través de una ayuda material inmediata, agregando que esta modalidad de intervención obedecía a que resultaba indispensable la disponibilidad inmediata de recursos para poder subsidiar las impostergables situaciones de emergencia social que se plantean diariamente.

19. B.O.C.B.A. n° 213.

20. Dicho Programa tuvo como objetivo la "necesidad de (...) ampliar las acciones de protección y promoción brindadas a personas y familias que carecen de vivienda y permanecen, por ello en la calle (considerandos del Decreto 607/97). Asimismo, se contempló la existencia de cada vez más pobres y mayor cantidad de pobres aún más pobres; es decir se observa mayor incidencia y mayor intensidad de la pobreza. Ello trajo consigo, y como consecuencia visible el creciente problema de la gente que vive en la calle. Se trata de un grupo heterogéneo en la calle viven individuos aislados, desocupados, sin medios económicos ni hábitat propio y con lazos familiares rotos; pero también personas con familias que por razones diversas: desalojos, falta de trabajo, y en menor grado migraciones, hacen de la calle su lugar para sobrevivir" (Anexo I del Decreto 607/97).

21. Actualmente la Ciudad cuenta con cuatro paradores (dos para hombres, uno para mujeres solas con hijos y uno recientemente inaugurado para familias) y cuatro establecimientos ubicados en los barrios de San Telmo, Monserrat, La Boca y Flores, que proveen alojamiento transitorio a personas en situación de calle; todos dependientes de la Dirección General de Atención Inmediata de la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario.

22. En el Anexo I del decreto por el cual se instituyó el Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional, se fundamentó la asistencia estatal en la necesidad de un abordaje socio-asistencial inmediato con estrategias de intervención que apunten a soluciones rápidas para evitar que permanezcan en la calle.

alojamiento en hoteles se fue prolongando por años.²³

Ante ese panorama, en el mes de julio del año 2001 la Administración decidió cerrar de hecho el "Programa Para las Familias Sin Techo". En esa oportunidad, se citó a los beneficiarios del programa a fin de comunicarles que en un plazo de cinco días deberían optar por un subsidio por única vez –cuyo monto dependía de la situación particular de cada grupo familiar– o por la entrega de tres cheques por una suma equivalente a la mitad de lo que se abonaba mensualmente por habitación. Esta circunstancia motivó la interposición de numerosas acciones de amparo por parte de los afectados, cuestionando la constitucionalidad de los plazos de alojamiento dispuestos por la normativa que regulaba al programa, como condición que habilitaba al egreso del mismo, al tiempo que solicitaron el estricto cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas; las cuales en su mayoría fueron resueltas favorablemente a los intereses de las personas afectadas, conminando al Gobierno de la Ciudad a garantizar el derecho a la vivienda de los actores.

En este contexto, en el mes de agosto del año 2002 se dictó el Decreto n° 895/GCBA/02,²⁴ mediante el cual se implementó una nueva modalidad de subsidio habitacional a familias en situación de calle,²⁵ consistente en la entrega por única vez de un monto ordinario de hasta mil ochocientos pesos (\$1800) por familia, a entregarse en un máximo de seis cuotas mensuales, que debía destinarse exclusivamente a fines habitacionales (art. 4); y otro subsidio extraordinario de igual monto para concretar una salida habitacional estable. Por otro lado, en dicha norma el poder ejecutivo local dispuso también que "no podrán ingresar nuevos beneficiarios a la modalidad transitoria de alojamiento en hoteles prevista en cualquier otro programa habitacional de este Gobierno" (art. 19). Asimismo, reconociendo la complejidad de la situación que atravesaba la población alojada en hoteles, se les otorgó la posibilidad de "optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto" (art. 19); es decir, se les brindó una estabilidad habitacional, siendo que respecto de los beneficiarios que no ejercieran la opción del subsidio, se entendería que optaron por continuar en los alojamientos transitorios hasta tanto se configuraran los requisitos necesarios para el cese de la prestación.²⁶

Posteriormente, a partir de las diversas denuncias presentadas que ponían de resalto el estado de deterioro y superpoblación en que se encontraban los hoteles contratados por la entonces Subsecretaría de Acción Social, se dispuso la clausura administrativa de dichos establecimientos. A raíz de ello y ante la necesidad de brindar a los grupos familiares afectados

23. Resolución nro. 2460/09 de la Defensoría General de la Ciudad, del 21 de julio del año 2009, pp. 2/3. Su texto completo puede consultarse en: <www.defensoria.org.ar>. La Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires también criticó esta modalidad de alojamiento transitorio, por considerar que se prestaba en condiciones habitacionales indignas, hacinamiento de familias numerosas en dormitorios que no reúnen las dimensiones exigidas, subdivisiones clandestinas, falta de higiene, proliferación de insectos, falta de provisión de ropa de cama y carencia absoluta del servicio de limpieza de habitación que deberían ser prestadas por los hoteleros y que no pudo verificarse en ninguno de los casos.

24. B.O.C.B.A. n° 1.503 del 13/08/02. En los considerandos del decreto se estableció: el crecimiento de la pobreza torna necesaria la adopción de medidas idóneas para paliar las consecuencias que la misma produce en la calidad de vida de los ciudadanos. Que la consecuente cronicidad de las problemáticas de los sectores más desprotegidos, y la progresiva pauperización de los sectores medios produce el aumento de la demanda de soluciones a la problemática habitacional que los sistemas implementados hasta la fecha han resultado sumamente costosos para el erario público y no han sido eficaces para paliar la emergencia ni para brindar soluciones estructurales.

25. El mismo decreto definió a las familias en situación de calle como aquellas familias que se encuentran transitoriamente sin vivienda o refugio alguno por desalojo o por causas no originadas en fenómenos meteorológicos o hechos fortuitos.

26. A la fecha de entrada en vigencia del decreto referenciado, la población alojada en hoteles subsidiados por el G.C.B.A. se calculaba en nueve mil cien personas, mientras que para ese entonces el programa contaba con quince años de antigüedad.

una respuesta habitacional digna, se dictó el Decreto n° 1234/GCBA/04,²⁷ por medio del cual en el mes de julio del año 2004 se creó el "Programa de Apoyo Habitacional" para efectivizar la asistencia a "Familias en Situación de Calle" que se encontraban alojadas en hoteles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en estado de clausura,²⁸ el cual tenía por objeto facilitarles las herramientas necesarias para proveerles el acceso a una solución habitacional definitiva. Por otro lado, mediante el dictado del Decreto nro. 97/GCBA/05,²⁹ se amplió el alcance del Programa de Apoyo Habitacional a la totalidad de la población que se hallaba alojada en hoteles a través del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³⁰

Los decretos mencionados no se limitaron a imponer el objetivo de esta nueva política, sino que estipularon las herramientas crediticias a través de las cuales se instrumentaría el objetivo de soluciones habitacionales, estableciendo el Decreto 1234/04 un mutuo hipotecario a ser instrumentado con el Banco de la Ciudad de Buenos Aires; mientras que el Decreto 97/05 estableció que la adquisición de viviendas se posibilitara a través de la operatoria de créditos establecida en la ley nro. 341,³¹ a cargo del Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC). Sin embargo, la instrumentación de la solución definitiva, que justificaba la interrupción del alojamiento en hoteles, resultó defectuosa, por fallas atribuibles a la administración, y con exiguos resultados.³² La operatoria de créditos hipotecarios por intermedio del IVC ofreció a su vez escasos resultados, toda vez que a noviembre del año 2007, de un total de 118 personas que habían optado por el mismo, sólo 7 de ellas habían logrado escriturar, lo que representa aproximadamente un 6% del total de solicitantes.

Finalmente, mediante el dictado del Decreto 574/09³³ se dispuso el cese de la actividad de alojamiento transitorio en hoteles del Programa de Apoyo Habitacional "a partir de los cuarenta y cinco (45) días corridos de la entrada en vigencia del presente" (art. 1). De esa manera, se eliminó la posibilidad de acceder al alojamiento temporario en hoteles –obligación autoimpuesta por la Administración mediante el Decreto n° 895/02–, forzando a los beneficiarios del Programa de Apoyo Habitacional a retirarse del mismo contra entrega de un subsidio, cuyo monto fue actualizado respecto del implementado por sus predecesores,³⁴ pero que no constituyó una opción real de salida estable, sin haber contemplado tampoco alguna herramienta que permita el acceso a una vivienda definitiva.³⁵

27. B.O.C.B.A. n° 1.985 del 20/07/04.

28. Asimismo, en el art. 4° de dicho decreto, se estableció que el objeto de las prestaciones era el de contribuir al logro de soluciones habitacionales o a la adquisición de inmuebles destinados a vivienda.

29. B.O.C.B.A. n° 2.119 del 28/01/05.

30. Si bien en ese caso no existía una situación inminente por resolver por parte de la Administración, tal como la acaecida por la clausura administrativa de una parte de los hoteles prestadores del Gobierno, lo cierto es que sí se reconocían las dificultades producidas respecto del desarrollo de vida de los grupos familiares en estos establecimientos: la vida en espacios que son diseñados para una situación de temporalidad, como las habitaciones de los hoteles, es sumamente compleja porque no reúne las condiciones necesarias para el desarrollo de una familia, tal es así que fueron y son numerosas las situaciones conflictivas que empezaron a darse en dichos espacios de convivencia forzada (considerando tercero del Decreto. 97/05).

31. B.O.C.B.A. n° 928.

32. Resolución 2460/09 de la Defensoría Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 7-8. De ese modo, la población que aceptó renunciar al alojamiento en hoteles en pos del otorgamiento de un crédito hipotecario con el cobro del incentivo monetario para su alojamiento temporal, hasta concretar la adquisición de la vivienda, en su gran mayoría no accedió al crédito, a lo que debe sumarse las intermitencias denunciadas en torno a la efectivización del referido incentivo.

33. B.O.C.B.A. 3.207 del 02/07/09.

34. Se previó la entrega de veinticinco mil pesos (\$ 25.000) para un grupo familiar de una o dos personas.

35. Esto mereció severas críticas por parte de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, no sólo por considerar que el monto del subsidio que se fijó resultaba en la mayoría de los casos insuficiente para adquirir un inmueble, sino también por resultar violatorio de los principios de racionalidad y progresividad (Res. 2640/09, pp. 12-17).

En otro orden de ideas, resulta forzoso señalar que actualmente el Estado local aborda la emergencia habitacional también a través del programa de atención a familias en situación de calle, que depende del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El objetivo de dicho programa es el de asistir –con un subsidio– a aquellos hogares que se encuentren en inminente situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo. Este programa se encuentra regulado por el Decreto 690/2006³⁶ y contempla el otorgamiento de un monto de hasta dos mil setecientos pesos (\$ 2.700), a abonar en seis cuotas mensuales de cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 450), otorgadas a cada grupo familiar que acredite fehacientemente –con sentencia judicial de desalojo– su situación de emergencia habitacional.³⁷ Sin embargo, la aplicación de este programa tampoco se ha visto exento de críticas, dado que el personal abocado al mismo se encuentra colapsado, contando con un solo centro de evacuados con capacidad para treinta y cinco plazas, al cual incluso si se logra acceder la estadía en el lugar será de muy pocos días, lapso durante el cual las familias no logran encontrar una salida provisoria para retirarse con algún tipo de solución habitacional.³⁸

Sin embargo, el análisis de las prestaciones otorgadas en el marco de dicho programa nos aporta otra aproximación a la magnitud que presenta la emergencia en la Ciudad. Así es que durante el ejercicio 2006 el programa de atención a familias en situación de calle atendió a 4.146 hogares en emergencia habitacional, mientras que sólo en el primer semestre del año 2007, la cantidad de hogares en situación de calle que solicitó y recibió asistencia ascendió a 3.657 hogares, es decir que en apenas un semestre se atendió a casi la misma cantidad de hogares que en todo el período precedente (Área de Derechos Sociales-Vivienda, 2007:4-5).³⁹ Actualmente, en el presupuesto aprobado por la legislatura para el año 2009, se ha contemplado la ayuda para 4.533 familias que requieren de asistencia socio-habitacional.⁴⁰

Si bien las estadísticas precitadas no agotan el universo de casos y constituyen apenas un muestreo de la problemática en análisis, lo cierto es que resultan más que elocuentes a la hora de reflejar el colapso habitacional que presenta la Ciudad y la tendencia en alza que se verifica en materia de desalojos en el ejido Metropolitano.

Párrafo aparte corresponde dedicarle a las villas de emergencia y asentamientos precarios establecidos la Ciudad de Buenos Aires, las cuales datan de 1930 y albergan hoy en día gran cantidad de personas en situación deficitaria de vivienda.⁴¹ Sin ánimo de extenderme en

36. B.O.C.B.A. n° 2.463. Este decreto deroga a su vez el Decreto 895/02 (art. 1°).

37. Posteriormente, el Decreto 960/08 aumentó el importe del subsidio hasta un monto de \$4.200, que puede ser otorgado en seis cuotas iguales y consecutivas de \$700 cada una, pudiendo inclusive la autoridad de aplicación autorizar excepcionalmente una suma adicional de \$2.800, pagadera en cuatro cuotas iguales y consecutivas.

38. Según el documento publicado por el COHRE, a consecuencia del seminario El Poder Ejecutivo y Legislativo frente a los conflictos de la tierra urbana y rural y la prevención de desalojos. Políticas Públicas, medidas preventivas y otras acciones, dictado el pasado 30/09/08. El texto completo puede consultarse en: <www.jxi.com.ar>.

39. Resulta relevante destacar que el universo analizado no agota el total de familias en situación de desalojo, toda vez que la población objetivo de este programa que se analiza está integrada por aquellos hogares en situación de desalojo cuyos ingresos resulten menores al monto resultante del índice correspondiente a la canasta básica alimentaria, elaborada mensualmente por el INDEC (art. 11 inc. C. del Dec. 690/06); de modo tal que esta población constituye apenas un segmento del universo total de hogares en emergencia habitacional.

40. Datos obtenidos del Ministerio de Hacienda del G.C.B.A., según el presupuesto que le fuera asignado a la Dirección General de Sistema de Atención Inmediata, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, para el año 2009 y programa general de acción para los años 2009/2011. La información puede consultarse en: <<http://estatico.buenosaires.gov.ar>>.

41. Según información proporcionada por el Instituto de Vivienda de la Ciudad, en el año 2007 el total de familias residiendo en villas de emergencia ascendía a 35.998, por lo que se calcula que la cantidad de personas alojadas en estas barriadas precarias oscilaba entre 140.000 y 180.000 personas. Resulta relevante destacar que la mayoría de los datos censales computados corresponden a relevamientos realizados entre los años 1999 y 2004, por lo que el cálculo es sólo aproximado (citado en el informe Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos

demasia sobre la cuestión, corresponde mencionar que con la sanción de la Ordenanza nro. 39.753 (B.M. n° 17.223), el entonces Concejo Deliberante derogó las ordenanzas anteriores provenientes de gobiernos de facto que establecían los criterios generales de erradicación de las villas, y estableció las pautas programáticas del Programa e Radicación y Solución Integral de las Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios. Esto se complementó con las Ordenanzas 40.034/84⁴² y 44.873,⁴³ siendo reglamentada esta última por el Decreto nro. 1531/91,⁴⁴ a través del cual se le encomendó a la ex Comisión Nacional de la Vivienda la realización de los proyectos de urbanización. Empero, el Poder Ejecutivo local no cumplimentó estas obligaciones legales y el diseño urbanístico de estos enclaves urbanos nunca se formalizó.

La falta de resolución de esta apremiante problemática social instó a la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a tomar una nueva intervención en el tema, sancionando las leyes 148⁴⁵ y 403.⁴⁶ Sin embargo, las distintas gestiones que se sucedieron al frente del Poder Ejecutivo metropolitano no demostraron mayor esmero en cumplimentar las obligaciones de las normas legales citadas, por lo que, la problemática de las miles de familias en villas de emergencia continuó relegada de la agenda pública local. Las acciones desarrolladas por el Estado en la última década se han caracterizado por su discontinuidad, fragmentación y falta de sustentabilidad. Por tal motivo, la fisonomía de las villas de emergencia ha mutado escasamente en los últimos años, sin perjuicio de las obras de infraestructura que el IVC se encuentra llevando a cabo en el marco del Programa de Radicación y Urbanización de Villas y Barrios Carenciados.⁴⁷

Hasta aquí se ha efectuado a grandes rasgos una caracterización de las principales políticas de estado adoptadas con el objeto de paliar la situación de emergencia habitacional de la Ciudad.

2.3. EL ROL DE LA LEGISLATURA LOCAL

La gravedad del tema fue oportunamente abordada por la legislatura, que no se mantuvo al margen de la problemática existente en la Ciudad en torno a la falta de vivienda. Así es que en el año 2004 se sancionó la ley 1.408,⁴⁸ que declaraba en estado de "emergencia habitacional" a la Ciudad de Buenos Aires por un plazo de tres años a partir de su promulgación (art. 1) y suspendía los desalojos de familias y personas que se encontraban habitando inmuebles propiedad del Estado local mientras durase la emergencia (art. 7). Asimismo, en su artículo 2° se definía el concepto de emergencia habitacional como:

la situación en que se encuentran los siguientes grupos familiares y/o personas: Ocupantes de casas o edificios con sentencia judicial firme de desalojo, utilizados con uso manifiesto de vivienda

Aires, de la Defensoría General de la Ciudad, p. 20).

42. B.M. n° 17.428. Mediante esta ordenanza se le encomienda a la Comisión Municipal de la Vivienda (actual IVC) los trabajos de mantenimiento y mejoras en villas de emergencia hasta tanto se lleve a cabo el programa de solución integral.

43. B.M. 15/04/91. La cual definió el alcance y las características que debería presentar la urbanización de estos barrios.

44. B.M. n° 19.032.

45. B.O.C.B.A. n° 621 del 29/01/99. Esta ley declara de atención prioritaria la problemática social y habitacional en las Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios y se crea una comisión a fin de efectuar el diagnóstico, propuesta, planificación y seguimiento de la ejecución de las políticas sociales y habitacionales a desarrollarse en el marco de la ley.

46. B.O.C.B.A. n° 984 del 14/07/2000. Esta ley crea el Programa de Planeamiento y Gestión participativo de la villa 1.11.14, destinado a elaborar, ejecutar y verificar el Plan Integral de Urbanización de dicho asentamiento poblacional.

47. Huelga señalar que el IVC cuenta actualmente con diversos programas para acceso a la vivienda a través de la construcción, urbanización de tierras y la promoción de la vida comunitaria, facilitando el acceso a la vivienda, mediante políticas de crédito y operatorias que permitan el desarrollo de planes habitacionales o proyectos constructivos, promoviendo políticas y acciones autogestivas y cogestivas. Más información en www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/vivienda/programas.php?menu_id=7535

48. B.O.C.B.A. n° 2.110 del 17/01/05.

única y que no posean otros bienes inmuebles a su nombre; Habitantes de Núcleos Habitacionales Transitorios y asentamientos de la Ciudad; Ocupantes de viviendas en situación de hacinamiento, inhabitables o en estado obsoleto; Alojados en hoteles o pensiones; En situación de calle.

Sin embargo, dicha ley fue vetada parcialmente por el Ejecutivo, en sus artículos 2° y 7°, mediante el Decreto 1611/04,⁴⁹ dejando sin efecto en consecuencia la prohibición de desalojo como así también la enumeración de los casos comprendidos en la emergencia habitacional, lo que dejó trunca a la ley en cuanto a sus principales efectos.

Resulta interesante destacar las razones brindadas por el Poder Ejecutivo para vetar parcialmente la mencionada ley. Así es que en relación al artículo 2°, se sostuvo que la enumeración establecida: "no constituye un indicador claro del universo de casos incluidos en la referida 'Emergencia Habitacional', ya que los supuestos que pueden contemplarse dentro de las definiciones dadas por el citado artículo son, no sólo numerosos, sino que además abarcan situaciones que no se corresponden con el concepto de 'Emergencia Habitacional'".⁵⁰ Más llamativo aún resultan los argumentos utilizados en torno al artículo 7°, en cuanto se sostuvo al respecto que

para determinar cuáles son los casos encuadrables en el citado artículo y la situación de "pobreza crítica" de los ocupantes de los inmuebles, se requiere la previa intervención de profesionales que, luego de una evaluación socioambiental particularizada, individualicen concretamente los casos abarcados. Que la medida adoptada por el citado artículo, en cuanto suspende los desalojos de los referidos inmuebles, no hace sino profundizar la situación de crisis habitacional por la que trasuntan sus ocupantes, ya que ello impide otorgarles una solución habitacional definitiva.⁵¹

Como puede observarse, las objeciones presentadas parecen obedecer en realidad a una falta de voluntad política de hacerse cargo del problema, que a verdaderos obstáculos para su implementación, toda vez que los motivos alegados por el Poder Ejecutivo podrían haber sido fácilmente salvados por medio de la reglamentación respectiva.

Posteriormente, la legislatura insistió en el tema mediante la sanción de la ley 1578, mediante la cual se creaba la "Operatoria de Apoyo a Familias en Situación de Calle", destinado a la atención de las personas que se encontraran en situación de calle y a las personas que tengan sentencia firme de desalojo (art. 1°), las cuales se incluían en los términos de emergencia habitacional establecido por la ley 1408. Asimismo, dicha ley contemplaba diversas modalidades de asistencia a instrumentarse a través del Instituto de Vivienda de la Ciudad, como alojamiento transitorio, otorgamiento de viviendas en carácter de comodato, subsidio destinado a la locación de inmuebles y adquisición de viviendas a través de diversos programas (art. 6). Sin embargo, esta ley corrió peor suerte que la anterior, toda vez que fue vetada en su totalidad por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 72/05,⁵² oportunidad en la cual, a más de reproducir los mismos argumentos utilizados con anterioridad en el Decreto 1611/04, se sostuvo que:

si bien este Poder Ejecutivo comparte la intención del legislador en relación a la necesidad de paliar la situación de calle en que se encuentran las familias; es claro que las herramientas que se otorgan en dicho proyecto no resultan suficientes a los efectos de dar una respuesta eficaz a la problemática planteada en tiempo y forma razonable, acorde a los requerimientos de quienes

49. B.O.C.B.A. n° 2.018 del 06/09/04, el cual fue a la postre aceptado por la Resolución n° 462 (B.O.C.B.A. 2.104).

50. Considerando del Decreto 1611/04.

51. Considerandos del Decreto 1611/04.

52. B.O.C.B.A. n° 2.113 del 20/01/05.

padecen tal situación.⁵³

Continuando con el derrotero legislativo, en el año 2007 se sancionó la ley 2.472,⁵⁴ mediante la cual se prorrogó por el término de tres años la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires, declarada por la ley 1.408, es decir que a la fecha la Ciudad de Buenos Aires continúa con este estado de emergencia habitacional declarado por ley.

Finalmente, la legislatura local sancionó la ley 2.973,⁵⁵ que introdujo algunas modificaciones esenciales a la ley 1.408, dado que insistió en la suspensión de los desalojos que establecía esta última, derogó el artículo 10 de dicha ley que exceptuaba de la mentada suspensión a los inmuebles del IVC y modificó la composición de seguimiento de la emergencia habitacional. Dicha norma fue también vetada mediante el Decreto n° 09/09.⁵⁶

III. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA VIVIENDA

En la Argentina, y en especial en la Ciudad de Buenos Aires, el derecho a la vivienda goza de una extensa consagración normativa, formando parte de un conjunto de normas jurídicas de derechos humanos, universalmente aplicables y aceptadas, que poseen jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

Así es que el derecho a la vivienda adecuada se encuentra consagrado en los siguientes tratados: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de eliminación racial (art. 5), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14), Convención de los Derechos del Niño (art. 27), Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 11).⁵⁷

Esta consagración de la vivienda como derecho se inscribe en un escenario internacional (el del derecho internacional de los derechos humanos) que despoja a la vivienda de su calidad de simple demanda moral supeditada a la buena voluntad de los poderes públicos, para consagrarla, desde la lógica del derecho, como un mandato vinculante que genera obligaciones jurídicas para los Estados. El derecho a una vivienda adecuada es uno de los derechos económicos, sociales y culturales más desarrollados en términos de contenido y jurisprudencia, pero al mismo tiempo es uno de los derechos más violados en el mundo y generalmente implica la violación de otros derechos humanos, como el derecho a la intimidad y a la no interferencia arbitraria en el domicilio. La expresión más cruel de esta violación la constituyen los desalojos forzosos.

En el derecho internacional, el art. 11, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es la norma que otorga la más amplia protección al derecho a la vivienda, al expresar que "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia."⁵⁸ En

53. Considerandos del Decreto 72/05 (el resaltado no se corresponde al original). Resulta aquí nuevamente llamativo los fundamentos utilizados por el Poder Ejecutivo para el veto, por cuanto si bien puede coincidir en que las medidas adoptadas en la ley no resultaban suficientes, lo cierto es que al menos contribuían a paliar la problemática existente en materia de vivienda.

54. B.O.C.B.A. n° 2.819 del 27/11/07.

55. B.O.C.B.A. n° 3.098 del 19/01/09.

56. B.O.C.B.A. n° 3.098 del 19/01/09.

57. Es dable señalar que todos estos tratados y pactos gozan actualmente de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

58. Además de las normas reseñadas, existen varias recomendaciones de órganos de las Naciones Unidas que destacan

lo que respecta al derecho a la vivienda adecuada, se cuenta también con las Observaciones Generales nro. 4⁵⁹ y nro. 7⁶⁰ del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante CDESC),⁶¹ que establecieron los contenidos del derecho a la vivienda adecuada y las reglas específicas en materia de desalojos forzados. Estos son: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras; c) gastos de vivienda soportables; d) vivienda habitable; e) vivienda asequible; f) lugar; y g) adecuación cultural de la vivienda.⁶² Asimismo, en la Observación General nro. 7 se enumeran las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de un desalojo forzoso,⁶³ manifestando al respecto que:

Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzados que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos⁶⁴ (...) Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. *Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.*⁶⁵

Así es que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzados para el CDESC, figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.⁶⁶

El conjunto de obligaciones descriptas anteriormente tiene en la Argentina un doble

la obligación de los Estados de atender a los sectores más vulnerables a fin de garantizar que toda persona pueda acceder a una vivienda digna. En tal sentido, cabe citar la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas (1969), en la cual se exhorta a los gobiernos a centrar la asistencia en las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas; la Declaración de Vancouver (1976), aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos en 1976 (párrafo 8 de la sección III y párrafo 3 de la sección A del capítulo II), en la cual se reconoce que la vivienda y los servicios adecuados constituyen un derecho humano básico que impone a los gobiernos la obligación de asegurar su obtención a todos los habitantes, comenzando por la asistencia directa a las clases más destituidas mediante la orientación de programas de autoayuda y de acción comunitaria; la Resolución 42/146 de la Asamblea General de la ONU titulada Realización del derecho a una vivienda adecuada, aprobada el 7 de diciembre de 1987; y la Resolución 1933/77 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada Desalojamiento forzados, aprobada el 10 de marzo de 1993, entre muchas otras.

59. Aprobada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU en la 6^a sesión del 12 de diciembre de 1991. Documento UN E/1992/23.

60. Aprobada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, en la 16^a sesión del 16 de mayo de 1997. Documento UN E/1999/22 anexo IV.

61. Este Comité es el órgano encargado de velar por el cumplimiento del Pacto por los Estados.

62. Observación General nro. 4, párrafo 8.

63. El término "desalojo forzoso" ha sido definido en la Observación General nro. 7 como "el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos" (párrafo 3^o).

64. Párrafo 16 de la Observación General nro. 7 del CDESC.

65. Párrafo 15 de la Observación General nro. 7 del CDESC (el resaltado me pertenece).

66. Párrafo 15 de la Observación General nro. 7 del CDESC.

valor jurídico de supremacía. No sólo son obligatorias desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, que como tales obligan a los poderes del Estado frente a la responsabilidad internacional, sino que también por decisión de su constituyente están en la base fundamental del ordenamiento jurídico interno, de tal modo que todas las normas inferiores –leyes, decretos y resoluciones administrativas– deben adecuarse a ellas, so pena de ser consideradas inconstitucionales.

En la Ciudad de Buenos Aires, diversas normas fundamentales consagran a su vez el derecho a la vivienda, las cuales forman parte de la Constitución local. El art. 31 enuncia:

La ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1.- Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2.- Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

De una correcta exégesis de la mentada norma parece surgir de manera prístina la intención del constituyente, concordante con los lineamientos precitados del ámbito internacional, de asumir por vía legislativa que es necesario proteger en forma preferencial a los sectores de menores recursos definidos como de "pobreza crítica", "de escasos recursos", "pobladores marginados". El art. 17 de la constitución local confirma esta postura en los siguientes términos: "La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades". Por su parte, el art. 18 afirma que "La Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio".⁶⁷

No puede dejar de señalarse que en el ámbito interno, la Constitución Nacional protege a su vez el derecho a la vivienda en el art. 14 bis, estableciendo la obligación del Estado de garantizar una vivienda digna.

IV. EL TIPO PENAL DE USURPACIÓN POR DESPOJO

4.1. ANTECEDENTES

La actual redacción del artículo 181 del Código Penal encuentra su primer antecedente en el Código de Tejedor de 1867, el cual establecía en su artículo 326 que:

El que empleando violencia despoje a otro de una cosa raíz de uso, usufructo o servidumbre que en ella goce sufrirá un año de prisión y multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes, según la entidad de lo usurpado, y la calidad de la violencia. Si el despojo se cometiese por fraude o astucia, la pena corporal será el arresto de uno a tres meses, sin perjuicio de la pena pecuniaria.

Seguidamente, el art. 327 prescribía: "En la misma pena de uno a tres meses de arresto, y multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes incurrirá el que para cometer usurpación destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades" (Zaffaroni, 2009:724-725).

Posteriormente, en el Código Penal de 1886, con una redacción similar, se conservaron

67. Informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires, cit., p. 14.

las fórmulas introducidas en los arts. 326 y 327 del Código de Tejedor, concentrándolos en el art. 316 (Zaffaroni, 2009:724-725). La nota respectiva expresaba:

Lo que el Código llama en este capítulo usurpación –dice Pacheco– se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes, y por nuestra práctica ordinariamente se ha visto como un punto civil, y se ha reparado la restitución preferentemente y, ante omnia, al que lo sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parécenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución (Donna, 2008:812).

Recién en el proyecto de 1891 (Piñero – Rivarola – Matienzo), la norma fue distribuida en tres incisos, tal y como sucede actualmente –incluyendo a su vez la figura de la turbación de la posesión–, aunque suprimiendo la enumeración de los diversos modos comisivos a la cual hacía referencia el primero.⁶⁸

Los proyectos de 1906 y 1917 tomaron como base los lineamientos de este último proyecto, luego seguido por el Código Penal de 1921, que al respecto rezaba:

Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1°) El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2°) El que para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3°) El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión de un inmueble (Zaffaroni, 2009:724-725).

El Código Penal de 1921 no introdujo modificación alguna respecto del mentado artículo, quedando redactado en los mismos términos que la fórmula del Proyecto de Código Penal de 1906.

Luego de ello, con la sanción de la ley de facto 17.567 se amplió el catálogo de medios comisivos susceptibles de afectar los derechos sobre la cosa, incorporando las amenazas y la clandestinidad, por un lado, mientras que por el otro se especificó que el resultado despojo podía producirse por la invasión del inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes.

Por su parte, la ley 20.509 derogó el punto precedentemente señalado, eliminando la clandestinidad como medio comisivo, al tiempo que disminuyó la escala penal de un mes a dos años. De ese modo, la usurpación había quedado redactada de la siguiente manera: "El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble". Seguidamente, la clandestinidad fue nuevamente incorporada por la ley de facto 21.338, que rigió hasta la sanción de la ley 23.077 que la dejó sin efecto, recobrando vigencia el texto del art. 181 del Cód. Penal de 1921.

Finalmente, se arribó a la actual redacción establecida por la ley 24.454,⁶⁹ en la cual el legislador optó por reintroducir la clandestinidad como medio comisivo del despojo,

68. En la exposición de motivos, se consignó: "En el capítulo de la usurpación, en el Código actual, se limita a prever los casos de despojo de una cosa raíz, o del uso, usufructo, habitación o servidumbre que en ella goce el despojado, y la remoción o destrucción de términos o linderos. Todos estos casos quedan previstos en nuestro código, en términos más generales e introducimos otros no previstos en el Código Penal. En el número 1° del artículo 219, comprendemos los casos del art. 196 del Código Penal, sin referencia al medio usado para el despojo pues sea aquél la violencia, el fraude o la astucia, los jueces encontrarán suficiente latitud en las disposiciones generales y en la medida de la pena para tomarlo en cuenta" (Donna, 2008:814).

69. Publicada en el B.O. el 07/03/1995.

augmentando a su vez el monto de la pena.⁷⁰

La enumeración de los antecedentes legislativos tuvo como único objeto oficial de prolegómeno para introducirnos ahora sobre uno de los fenómenos señalados al comienzo de este trabajo, relativo a la introducción de nuevas figuras delictivas como única respuesta para paliar una problemática de eminente tinte social. En tal sentido, considero relevante reproducir a continuación los fundamentos esbozados por el entonces senador Fernando De la Rúa, en torno al proyecto que desembocaría en la sanción de la ley 24.454. Al respecto, resulta llamativa la alusión que efectuara a:

la problemática general de la vivienda, que exhibe numerosas aristas, que se extienden desde la ineficacia de los programas de promoción de vivienda para sectores de escasos recursos, la inexistencia de una red de salvataje mínima que pueda dar respuesta a las emergencias habitacionales, hasta la falta de medidas de prevención de los delitos que afectan los derechos de propiedad inmueble y la impotencia de la Justicia tanto para reprimir las conductas delictivas antes señaladas como para restituir las cosas a su estado anterior. El problema, sin duda, es grave. Así lo ha reconocido el gabinete nacional anunciando que faltan tres millones doscientas mil viviendas (...) Asimismo, ciento veintiséis mil doscientas veinticinco personas viven en inmuebles ocupados "de hecho" en la Capital y el Gran Buenos Aires; treinta mil trescientas ochenta y seis familias son las que están en esta situación; cuatro mil seiscientos ochenta y un hogares compuestos por diecisiete mil cuatrocientos setenta y siete personas en esas condiciones están en Capital Federal; (...) el cincuenta y cinco por ciento de los ocupantes ilegales de la Capital Federal vive en departamentos o "conventillos"; un uno con treinta y siete por ciento de los habitantes ilegales del Gran Buenos Aires son ocupantes ilegales; un cero con sesenta y uno por ciento de los habitantes de la Capital Federal están en esa condición (...) La solución del problema, como puede verse, requiere de un enfoque múltiple, siendo conscientes de que una reforma legislativa no es la panacea para las familias que actualmente están "sin techo".⁷¹

Paradójicamente, de una atenta lectura de las palabras del entonces senador De la Rúa, precedentemente reseñadas, se desprende que, a pesar de admitir los legisladores que la solución habitacional no vendría de la mano de una reforma legislativa que agravara la cantidad de las figuras delictivas y la calidad de las penas, se incurrió en una suerte de resignación perversa, al confesar que esa parecía ser la única solución a la problemática. Esta paradoja importa, al menos, desobedecer el mandato de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos enumerados en el apartado anterior, en tanto y en cuanto incorporan como deberes innegables en cabeza del Estado, la promoción, provisión y efectivización del derecho a una vivienda digna en beneficio de sus habitantes, cayendo una vez más en la solución facilista tantas veces vista en nuestro derecho, que propicia el aumento de penas y de figuras penales como única solución a la problemática de turno, generando de ese modo una suerte de criminalización de la pobreza frente a la ineficacia o ineptitud de las políticas de Estado.

70. De la lectura de los fundamentos de los diversos proyectos presentados, se desprende que una de las principales preocupaciones del legislador se encontraba en reinstaurar la figura de la clandestinidad como medio comisivo del delito de usurpación, por considerar que con la redacción vigente en ese entonces existía un vacío legal que fomentaba la impunidad. En el proyecto de ley presentado por el entonces diputado Alberto G. Almonte, se consignaba que "La sociedad se ve particularmente conmovida por una inusual proliferación de ocupaciones de inmuebles y solares públicos y privados. Se hace imprescindible que el Congreso de la Nación brinde una respuesta contundente dentro del orden jurídico y analizando las lagunas que se producen en nuestra legislación vigente y que si bien no impiden en forma terminante la actuación de la justicia, la condicionan al no contar con normas que describen en su total amplitud las conductas irregulares que hacen posible los despojos" (Antecedentes Parlamentarios, Buenos Aires, La ley, Volumen: 1999-A, p. 397).

71. Antecedentes Parlamentarios, Buenos Aires, La ley, Volumen: 1999-A, pp. 409/410. El resaltado me pertenece.

En este sentido, ha señalado con acierto Toledo que:

tampoco han sido pocas las experiencias similares que nos han llevado a concluir que la respuesta penal no resulta ser la solución para este tipo de problemáticas, además de ser una solución a medias, ya que en la mayoría de los casos, su empleo termina agravando la situación. Ello, por cuanto no remedia el problema del poseedor despojado, que solamente desea el retorno de la situación ex ante al despojo; ni el del sujeto activo que, a su problema habitacional que lo llevó a tomar la decisión última de ocupar un inmueble ajeno, ahora deberá también sufrir la selectividad y violencia propia del sistema penal que lo ha cooptado. En consecuencia, partiendo de la base de la proporcionalidad exigida al legislador a la hora de sancionar normas en general, la solución adoptada por la ley 24.454 aparece como inapropiada e inconstitucional, por utilizar la herramienta penal, más represiva por antonomasia, teniendo dentro del catálogo de posibles soluciones previstas normativamente, opciones menos lesivas para paliar tal cuestión.

Las opciones menos lesivas a las que hace referencia el autor no son otras que las previstas en el Derecho Civil para hacer frente a la problemática de la usurpación de inmuebles, a saber: la acción policial prevista en el art. 2.470 del Código Civil, la acción reivindicatoria, la posesoria, los interdictos y el desalojo. Estas sin duda alguna poseen capacidad suficiente para resguardar el derecho del titular del inmueble y lograr la restitución a favor del poseedor o tenedor despojado, sin necesidad de acudir al sistema penal con las perniciosas consecuencias que ello genera para las familias despojadas, a las cuales al impacto social propio de dicha medida de fuerza deberán agregarle un impacto mucho mayor, para el caso de que fueran enjuiciados o condenados por el delito en cuestión.

Esta conclusión cobra mayor fuerza si se repara en que la reintroducción de la clandestinidad como medio comisivo ha permitido incorporar al catálogo punitivo los casos de usurpación por excelencia, constituidos en la gran mayoría de los casos por personas desposeídas que, a fin de paliar su dramático déficit habitacional, se introducen en un inmueble que por lo general posee signos evidentes de abandono. Al respecto, se ha señalado hasta el cansancio que el aumento indiscriminado de figuras delictivas no disuade a quien, por motivos foráneos a la dosimetría penal, se dispone a delinquir y que –en cambio– el potencial delincuente, en cuanto ser humano pensante, es más permeable a esa disuasión en la medida que perciba (o sea objeto de) políticas del Estado destinadas a brindarle contención social y expectativas de realización de un plan de vida fuera de la marginalidad social.

Con relación a esto último, no puede dejar de señalarse que la ley 24.454 reformó también el art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por medio del cual se habilitó al Juez en lo Civil para ordenar la restitución del inmueble en los procesos de desalojo "en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor". Este punto, que será desarrollado más adelante, es el que debió haber sido profundizado por el legislador sin necesidad de caer en espasmódicas reformas tendientes a ampliar el abanico punitivo de conductas que, más allá de resguardar los intereses de los propietarios, parecen apuntadas a criminalizar la indigencia y no resuelven el problema habitacional de fondo que impulsa la comisión de este tipo de delitos.

Estas circunstancias imponen la obligación en cabeza del juez de analizar las normas relativas a la usurpación de inmuebles teniendo en cuenta la normativa constitucional reseñada y en particular el principio de ultima ratio, que deberá llevarlo a optar por la solución menos gravosa del conflicto, que en muchos casos vendrá dada por la esfera civil o contencioso administrativa.

4.1.1. El supuesto de usurpación pacífica en el Derecho Español

Resulta interesante detenernos a continuación en la reforma introducida en torno a la ocupación pacífica de inmuebles que tuvo lugar en el derecho español, teniendo en cuenta la contemporaneidad que ésta mantuvo con la sanción de la ley 24.454 en nuestro derecho.

Así es que hasta el año 1995, de acuerdo con lo normado en el art. 245.1 del Código Penal, en España sólo era punible como usurpación la ocupación de inmuebles realizada por medio de violencia o intimidación en las personas, quedando fuera de dicho precepto las usurpaciones en las que no se empleaban tales medios, es decir las ocupaciones pacíficas. Sin embargo, la Ley Orgánica 10/1995 introdujo el inciso 2 del art. 245 del Cód. Penal Español, incorporando la siguiente figura: "El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con pena de multa de tres a seis meses". Como puede observarse, en la regulación anterior este hecho no estaba expresamente tipificado, y difícilmente era reconducible a otro tipo de delitos.

Al respecto, el maestro Muñoz Conde (2004:419) entendió que:

el legislador ha querido cubrir esta laguna tipificando expresamente el supuesto de la "ocupación" como tal (que realizan los que en el lenguaje coloquial se llaman "okupas" y constituyen un movimiento contestatario bastante extendido en algunas ciudades), pero también las "ocupaciones" más simbólicas que reales de fincas rústicas (...) Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal.

En un sentido similar, se ha dicho que

La benevolencia de la pena señalada (multa) –en España–, no puede sorprender si se considera que los bienes inmuebles se encuentran mucho mejor garantizados por el Derecho Civil ante los despojos que los muebles, actuando la protección interdictal y registral como eficaces medios de tutela que hacen difícil que el titular pierda definitivamente sus derechos (González Rus, cit. Por Donna, 2008:816).

Como puede observarse, la solución propiciada por el legislador español no ha diferido en mucho de lo ocurrido en nuestro derecho, sin perjuicio de lo cual fue objeto de agudas críticas por parte de renombrada doctrina, que perfectamente pueden hacerse extensibles a la modificación introducida en nuestro país por la ley 24.454, en lo que respecta a la incorporación de la clandestinidad como medio comisivo. A lo expuesto, habría que agregar que el movimiento "okupa",⁷² tan difundido en algunas ciudades europeas, poco tiene que ver con lo que ocurre en la Argentina, donde el fenómeno de la ocupación de viviendas y terrenos fiscales se encuentra más vinculado con el subdesarrollo económico y los niveles de pobreza extrema que afectan a gran parte de la población. Muchas familias que han perdido la vivienda, que no pueden cumplir con el pago de un alquiler o reunir los requisitos que los propietarios demandan para firmar un contrato de alquiler –garantías, trabajo en

72. Se trata de un movimiento social consistente en darle uso a terrenos desocupados, como edificios abandonados temporal o permanentemente, con el fin de utilizarlos como tierras de cultivo, viviendas, lugar de reunión o centro con fines sociales y culturales. Tienen como principal motivo denunciar y al mismo tiempo responder a las dificultades económicas que los activistas consideran que existen para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna. La okupación surge a finales de los 80 a imagen y semejanza de los squatters ingleses, siendo la diferencia entre ocupar y okupar el carácter político de esta última acción, en la cual tomar un edificio abandonado no es sólo un fin, sino un medio para denunciar las dificultades de acceso a la vivienda.

relación de dependencia etc.–, encuentran como única y desesperada solución la ocupación de la primera vivienda disponible y abandonada que encuentren para tener un techo sobre sus cabezas. Ningún gesto romántico o ideológico acompaña la apropiación de estas casas. Es más bien un gesto dramático de los que tienen que sobrevivir en una sociedad que les propone el dilema nada amable de elegir entre la intemperie en una plaza de la ciudad o las superpobladas e inseguras villas de emergencia (Agozino, 2004:189 y ss.). Es decir que "okupa", más que un fenómeno de violencia política, en nuestro caso se trata de un fenómeno de marginalidad social.

4.2. LA USURPACIÓN POR DESPOJO. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES MEDIOS COMISIVOS

Teniendo en cuenta la problemática abordada en el presente trabajo, como así también que a consecuencia de la emergencia habitacional, la práctica diaria indica que el caso más paradigmático en materia de usurpación de inmuebles viene dado por la intromisión o invasión⁷³ de familias en casas usualmente deshabitadas, me referiré a continuación a los medios comisivos de mayor aplicación y relevancia en este tipo de hechos, como son la violencia y la clandestinidad en la llamada usurpación por despojo, dejando en consecuencia fuera de este análisis a las restantes acciones típicas y medios comisivos previstos por el art. 181 inc. 1° C.P., como así también los incisos siguientes del mentado artículo, dado que no se encuentran estrictamente vinculados con la problemática de la vivienda y su profundización excedería en mucho el objeto del presente trabajo.

Dicho esto, en referencia al despojo es útil destacar que tal acción no se define por la ley civil ni por la penal que ambas utilizan en su articulado. Considerado en general, significa privar o quitar a uno de lo que goza y tiene, implicando un acto de desapoderamiento, que debe ser material y efectivo (Rubianes, 1960:43); a lo que cabe agregar que el mismo debe necesariamente ser la consecuencia directa de los medios comisivos previstos por el inc. 1° del art. 181 del Código Penal (a saber: violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad), que el agente despliegue contra el sujeto pasivo. Por otro lado, es importante destacar que la enumeración de las modalidades comisivas se trata de un *numerus clausus*, por lo que el resultado que no sea materializado en alguna de las modalidades mencionadas será en consecuencia atípico (Baigún, 2009:747).

4.2.1. Alcances del concepto de "violencia"

La mayoría de la doctrina, se inclina por considerar que por violencia debe entenderse tanto la vis física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación, como la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva.⁷⁴

Consecuentemente, de aceptarse esa interpretación los casos en los cuales se ingrese a un inmueble deshabitado quebrando la resistencia puesta sobre la cosa por el sujeto pasivo, como puede ser una cerradura o un candado, resultarían abarcados por la figura penal.

73. El término invasión utilizado por el Código, se refiere a la entrada o ingreso en el inmueble, con o sin expulsión de sus ocupantes, para ocuparlo de forma exclusiva o juntamente con ello, privándolos total o parcialmente del uso y goce de los derechos que ejercían. Asimismo, también se considera que habrá invasión cuando se impide la entrada de sus ocupantes, si al momento en que ésta se produce, se encontraban ausentes (Baigún, 2009:746).

74. D'Alessio (2009:825); Nuñez (1967:488 y ss.); Soler (1963:415); Creus (1999:587) y Fontán Balestra (2003:205), entre otros.

Algunos autores incluso han ido más allá, encuadrando dentro de este supuesto el caso de la persona que, una vez dentro del inmueble, coloca un candado o cambia la cerradura para evitar los actos de represalia del despojado, a modo de oposición de fuerza (Creus, 1999:587).⁷⁵

Sin embargo, para cualquiera de los dos casos señalados, teniendo en miras lo que dicta el principio de legalidad (arts. 18 y 19 CN, 9 del P.I.D.C.yP., y 9 de la D.U.D.H.), y en especial el sub-principio de máxima taxatividad interpretativa, no cabe sino concluir que ambas conductas serían atípicas, por no encuadrar dentro del concepto de "violencia", como así tampoco en ninguno de los restantes medios comisivos previstos por la figura.

En tal sentido, la referencia a la "violencia" efectuada por el legislador en el artículo en cuestión, debe ser entendida pura y exclusivamente como abarcativa de la vis física y psíquica, propia de la coacción, que la diferencia de las amenazas, también incluidas en el tipo penal en cuestión, dejando fuera a los casos en los que se ejerza fuerza sobre las cosas, dado que estos supuestos no fueron contemplados por el legislador. Consecuentemente, considero que debe descartarse de plano cualquier asimilación de dicho concepto con el de fuerza en las cosas, al cual hace referencia el tipo penal de robo (art. 164 Cód. Penal), dado que en este último caso el legislador ha establecido una clara diferenciación entre ambos.

Al respecto, Toledo ha sostenido con meridiana claridad que

visto bajo esta óptica, resulta plausible que sólo echando mano de una analogía en malam parten podría afirmarse que el legislador penal ha incluido dentro del tipo (de usurpación) a la fuerza en las cosas. De no ser así, nos veríamos forzados a concluir que la redacción del art. 164 (C.P.) es sobreabundante, al hacer referencia a la fuerza en las cosas o la violencia sobre las personas, por separado. Tampoco resulta lógico admitir que en el texto de la misma figura, tanto la doctrina como la jurisprudencia sean pacíficas en atenerse, tanto al analizar las amenazas como al engaño, a los tipos penales pertinentes (...) y que en lo relativo a la violencia, no resulte aplicable la remisión interpretativa al texto del art. 164 del C.P.

En esa senda, en el análisis de los antecedentes de nuestro Código Penal, Rodolfo Moren (h) (1923:274) sostenía esta misma postura en relación al concepto de violencia, contenido en la figura de usurpación, al expresar que "el inciso habla de violencia, la que puede ser –como dice el doctor Jofré– física o moral, pudiendo cometerse en el contrato o en la tradición al revés de lo que ocurre en el derecho civil, según lo establece el artículo 2492 del código respectivo".

Sentado lo expuesto, vale señalar que la tesis aquí propiciada no aspira a dejar sin tutela legislativa al propietario del inmueble en los casos reseñados, sino por el contrario, encauzar el conflicto fuera del ámbito penal, por cuanto más allá de las dificultades probatorias que muchas veces presentan estos casos, el ámbito civil suele y debe ser el más adecuado para resolver la cuestión, por ser no sólo menos lesivo, sino también en muchos casos más efectivo a la hora de resguardar los derechos reales de los titulares desposeídos. Como bien lo ha indicado Molinaro, el carácter mueble de determinada clase de cosas ha determinado que, por estar más expuestas a agresiones de los delincuentes que las inmuebles, la tutela de las primeras sea más intensa por parte de la ley penal. Sin embargo, ello no debe llevarnos a afirmar la total ineficacia del Derecho en materia civil. Por el contrario, señala el autor que:

75. En contra de esta postura, Fontan Balestra (2003:205 y ss.) se ha ocupado del tema de manera acertada, concluyendo que "Si se piensa que los actos mencionados, tales como poner candado o cambiar la cerradura, configuran por sí mismos el despojo, puesto que con ellos se ponen obstáculos físicos que el anterior ocupante deberá vencer para poder volver a su anterior situación, resulta que la fuerza debe ejercerla el despojado y es posterior a la consumación, circunstancias ambas que la hacen atípica".

...la intervención de la justicia civil siempre puede resultar eficaz ante el desconocimiento de un derecho inmobiliario. La acción de despojo, las posesorias y la reivindicatoria puede, en efecto, reponer en su tenencia, posesión o dominio a quien haya sido injustificadamente despojado (Molinario, cit. Por Toledo).

4.2.2. La clandestinidad

Conforme lo dicho al comienzo de este capítulo sobre los diversos aspectos vinculados a la inclusión de este modo comisivo en nuestro Código Penal actual, cabe señalar que hasta antes de ser incorporada al art. 181 del C.P. por la ley 24.454, la clandestinidad no podía ser alegada como un medio comisivo válido por parte de los ocupantes para justificar la expulsión. Frente a esa situación, no quedaba otra alternativa más que declarar que la conducta de quienes habían ocupado indebidamente un inmueble en esas condiciones, debía considerarse atípica.

Con su inclusión se pretendió ampliar el catálogo de medios usurpatorios, explicando al respecto Gazzolo, con relación a los motivos que llevó a su consideración en el orden legal, que:

sobrados motivos existieron para contemplar la clandestinidad como justificativo para poner en movimiento la represión que la usurpación encierra; entre ellos preponderantemente sobresalía el auge que había adquirido la ocupación de inmuebles mediante entradas o ingresos subrepticios que no podían ser atacados bajo el rótulo de la usurpación, pues la ley hasta entonces se manifestaba complaciente (Gazzolo, 2008:109-110).

Por tratarse de un elemento normativo del tipo penal, cabe remitirse a la definición que sobre el término efectúa el Código Civil, el cual establece en el artículo 2369 que: "la posesión es clandestina cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho a oponerse". Como se desprende de la mentada definición, la clandestinidad como medio comisivo consiste en una ocupación subrepticia de la propiedad, la cual sólo puede admitirse respecto de los medios de invasión y mantenimiento, ya que normalmente será difícil que pueda compaginársela con el modo de expulsión de los ocupantes (Baigún y Zaffaroni, 2009:754), de modo que en la mayoría de los casos se producirá sin violencia o engaños.

Sin embargo, se ha argumentado que el concepto de clandestinidad peca de insuficiente, dado que el mero ocultamiento no puede ser condición suficiente para consumir el despojo, ya que para consolidar el poder de hecho sobre el inmueble, el agente deberá hacer uso del engaño o de la violencia. Consecuentemente, nos encontramos con que la incorporación de la clandestinidad como medio comisivo implica, paradójicamente, la criminalización de un universo de casos en los cuales no puede individualizarse la modalidad comisiva utilizada por el agente.⁷⁶ Esto no implica, como considera gran parte de la jurisprudencia, que este medio comisivo funcione por descarte frente a la imposibilidad de acreditar los restantes medios comisivos, sino por el contrario, y a diferencia de lo esperado por el legislador, la constatación de la invasión mediante actos ocultos requerirá de una acreditación fehaciente y deberá encontrarse debidamente probada, a fin de tener por configurada esta modalidad

76. Sobre el particular, Console (1997:86) ha señalado que: "toda ocupación de una propiedad por clandestinidad sanciona la presencia física de los ocupantes del inmueble sin que importe el verdadero medio comisivo", agregando seguidamente que: "si nos detenemos a pensar en la situación, observamos que al producirse el ingreso al inmueble (momento consumativo del delito) rara vez se puede acreditar que ha sido con clandestinidad. Para resolver esa cuestión (la que seguramente se llevó adelante por los medios comisivos que no se pueden probar), se sanciona la ocupación del inmueble, con lo cual queda claro que lo que ha hecho el legislador fue adjetivar de clandestina esta ocupación".

"delictiva", circunstancia que en la práctica genera en la mayoría de los casos una imposibilidad concreta de acreditación, por las dificultades probatorias que lleva ínsita dicha circunstancia.

En esa línea, se ha dicho que

si no pudo determinarse el modo de ingreso al inmueble –aunque los imputados hubiesen reconocido que habitaban allí–, si no lo hicieron mediante el uso de violencia –la puerta de entrada se encontraba rota con anterioridad a su entrada–, ni se observa la utilización de ningún otro medio comisivo (por ejemplo la clandestinidad) y toda vez que el derecho real que ejercen –sea tenencia o posesión–, es de carácter público –al haber efectuado la limpieza y reparaciones en el lugar–, su conducta deviene atípica.⁷⁷

En ese contexto, no debe sorprendernos que para paliar la falta de medidas preventivas y las dificultades probatorias que subyacen en la mayoría de los casos, el legislador haya optado por ampliar el ámbito de criminalización, tal vez esperando en que de esa manera encontraría solución al problema de vivienda que subyace en esta cuestión. Infortunadamente, la realidad ha demostrado lo contrario, ya que las dificultades probatorias subsisten y son los mismos de siempre quienes deben cargar con las deficiencias de un Estado que no ha conseguido distribuir de manera más equitativa los ingresos y las posibilidades de acceso a una vivienda digna.

V. LA RESTITUCIÓN DE INMUEBLES EN LOS CASOS DE USURPACIÓN

5.1. ANTECEDENTES DEL ART. 335 DEL C.P.P.CABA

En materia penal, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contamos con el Código Procesal Penal de la Ciudad, el cual entró en vigencia el 30 de octubre del año 2007, a través de la ley 2.303,⁷⁸ con la loable pretensión de dejar atrás la aplicación del Código Procesal Penal de la Nación en el ámbito local, no sólo en el entendimiento de que la Ciudad debía contar con su propia legislación en materia procesal, sino también para adaptar este procedimiento a las pautas constitucionales, lo que resultaba en muchos aspectos inconciliable con el Código de Nación.

Veamos ahora si estos objetivos fueron logrados en lo que respecta a la restitución de inmuebles en los casos de usurpación. Sobre el particular, rige el art. 335 del C.P.P.CABA, el cual establece, en su párrafo cuarto, que:

En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario.

En el debate parlamentario que se llevó adelante respecto de la ley 2.303, nada se expresó en lo referente al presente artículo. En virtud de ese silencio por parte del legislador, corresponde analizar entonces si dicha regulación encuentra su fuente en otra normativa, ante lo cual no es difícil percatarse que uno de los principales antecedentes de dicho artículo lo encontramos sin mayor esfuerzo en el art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación, incorporado por la ley 25.324,⁷⁹ el cual dispone que:

en las causas por infracción al art. 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin

77. C.N.A.C.C.F., Sala I, Capristo Cristina, cn° 40.742, rta. 18/12/2007.

78. B.O.C.B.A. N° 2679 del 08/05/2007.

79. Publicada en el B.O. el 13/10/2000.

dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez podrá fijar una caución si lo considerare necesario.

Consecuentemente, para comprender cabalmente los motivos de la inclusión del art. 335 al código de rito local, es útil remitirse a las razones que dieron lugar a la incorporación de su par nacional. Al respecto, la ley 25.324 tuvo su origen en el mensaje enviado por el Poder Ejecutivo el 6 de marzo de 1999,⁸⁰ mediante el cual se sometía a consideración del Congreso de la Nación un proyecto en el cual se modificaba el art. 181 del Código Penal, al tiempo que se proponía la incorporación del art. 311 ter del C.P.P.N., con una fórmula análoga a la que resultara finalmente sancionada como artículo 238 bis.

Las causas esgrimidas en esa ocasión y a las cuales adhirió la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, fueron principalmente dos. La primera de ellas giraba en torno a la finalidad del derecho penal como garantizador inmediato de los derechos de la víctima. En base a ello, se sostuvo que

uno de los principios generales de la instrucción penal, así como una de sus finalidades, es la de garantizar los bienes motivo del delito, entendiéndose por ello la adopción de medidas precautorias o cautelares de carácter real o económico, entre las cuales se encuentra la recuperación de los bienes objeto del hecho criminoso.⁸¹

En segundo lugar y derivándose de lo anterior, se argumentó la necesidad de la reforma en la larga duración de los procedimientos penales, lo que provocaba la falta de respuesta a la necesidad de garantizar inmediatamente los derechos del titular afectado, que debía esperar la sustanciación del proceso para que el juez, conforme a lo dispuesto en el art. 29 del Cód. Penal, ordenara la entrega de la cosa. Por ese motivo, la única solución con la que se contaba era la promoción de la acción pertinente ante el juez no penal, ya sea por vía de interdicto, o juicio de desalojo, lo que implicaba recurrir a "procesos que implican notificaciones, vistas, recursos y demás contingencias procesales necesarias para asegurar la bilateralidad del proceso y el debido derecho de defensa".⁸² Como puede observarse, paradójicamente las razones de la inclusión de la medida cautelar en el ámbito procesal penal nacional, tuvieron como objeto evitar los retrasos que implicaba el respeto al derecho de defensa, necesario en todo estado de derecho. Esta circunstancia, como se verá a continuación, amerita un especial cuidado al momento de su aplicación e interpretación, con el objeto de no vulnerar las garantías constitucionales de todo imputado sometido a un proceso penal en su contra.

Dicho esto, a continuación cabe poner el foco en la existencia del art. 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual fue incorporado por la ley 24.454, es decir con anterioridad a la reforma del art. 238 bis del C.P.P.N., y consecuentemente a la figura prevista en el art. 335 del C.P.P.CABA. El mentado artículo establece que, en los casos en que la acción de desalojo se dirija contra intrusos, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble, si el derecho fuera verosímil y previa caución por los daños y perjuicios que se puedan irrogar.

Va de suyo que la similitud con la legislación de fondo en materia penal es remarcable, teniendo en cuenta que el art. 680 bis del C.P.C.C.N. se encuentra entre las previsiones del procedimiento de desalojo (Título VII), dentro del cual se prevé, como parte del procedimiento, la devolución anticipada del inmueble que se encontrara ocupado por intrusos, o sea, pre-

80. Mensaje nro. 297.

81. Antecedentes Parlamentarios, Tomo 2001-A, La Ley, p. 200.

82. Antecedentes Parlamentarios, Tomo 2001-A, La Ley, p. 200 (el resaltado me pertenece).

suntamente usurpado. Esta normativa responde a uno de los temas que más ha preocupado a los procesalistas de derecho privado: el reforzamiento de la protección cautelar para evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía. Para solucionar ese problema, en primera instancia no se recurrió al derecho penal, sino que, para asegurar las relaciones privadas, se echó mano a las previsiones del Derecho Procesal Civil. La constante búsqueda por la eficacia de la jurisdicción ha creado en algunos sectores la falsa creencia de considerar prácticamente como la única respuesta a los problemas sociales y jurisdiccionales, la distorsionada idea de recurrir indefectiblemente al ámbito penal, echando mano para ello a institutos ajenos con la ilusa pretensión de encontrar en éste la solución que debe buscarse en otros ámbitos.

Se advierte entonces que el procedimiento establecido en el art. 680 bis del C.P.C.C.N. contempla la adopción de una medida urgente, que respeta la bilateralidad y requiere de una certeza provisoria, imponiendo en su caso la entrega a cambio de cautelas, tal y como lo contempla actualmente el art. 335 del C.P.P.CABA. Ese es el procedimiento que originalmente se pensó para compensar la falta de efectividad de las sentencias de los jueces civiles, siendo posiblemente la falsa creencia de considerar más eficiente a la justicia penal, la razón que motivara que se filtraran en este último institutos propios del derecho privado, ignorando de ese modo el principio de intervención mínima que debe revestir el Derecho Penal y su rama procesal.

Adviértase que la incorporación del art. 335 al Código Procesal Penal de la Ciudad –al igual que lo ocurrido previamente con su par nacional– conllevó invariablemente a que muchos procesos que otrora eran ventilados en sede civil, se trasladasen al ámbito penal a requerimiento de las víctimas, al sólo efecto de peticionar la restitución del inmueble, en la errónea idea de considerar a este último una medida más rápida para la satisfacción del interés dañado; sin percatarse que ello implica en muchos casos criminalizar una situación concreta de vulnerabilidad, materializada en una situación de marginalidad generada a consecuencia de la imposibilidad del Estado de brindar las posibilidades efectivas de acceso a una vivienda digna, haciendo caso omiso del carácter de última ratio que debe revestir el derecho penal.

Esto queda de manifiesto a poco de considerar las cifras que arroja el informe estadístico elaborado en torno al art. 181 C.P. por el Ministerio Público Fiscal, del cual se desprende que desde su traspaso a la ciudad de Buenos Aires, sólo se requirió la elevación a juicio en el 2% de los casos relevados,⁸³ mientras que la gran mayoría fueron archivados (47%) o finalizados mediante el procedimiento de mediación (10%), a lo que cabe agregar que entre los casos archivados, el 45% lo fue por considerar atípico el hecho, mientras que un 23% se fundamentó en el principio de oportunidad que prevé el art. 199 inc. e) del C.P.P.CABA., teniendo en cuenta para ello la decisión del querellante de desistir de la acción penal y la falta de interés de las víctimas para continuar con el trámite del proceso, una vez lograda la restitución del inmueble.⁸⁴

Consecuentemente con lo expuesto, teniendo en consideración el principio de mínima intervención y el carácter subsidiario del derecho penal, entiendo que por aplicación analógica del art. 330 del C.P.P.CABA,⁸⁵ por el que se pretende evitar el desvío del objeto del proceso

83. El informe relevó los datos existentes entre los meses de julio de 2008 a junio de 2009, período en el cual ingresaron al sistema 1.190 casos por el delito de usurpación.

84. Pp. 14/17. Su texto completo puede consultarse en: <www.mpf.jusbaires.gov.ar>.

85. Art. 330.- Competencia. Las sentencias que condenen a restitución, reparación e indemnización, satisfacción de costas y pago de gastos, cuando no sean inmediatamente ejecutadas o no puedan serlo por simple orden del Tribunal que las dictó, se ejecutarán por el/la interesado/a o por el/la representante del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que corresponda, ante los/las jueces/zas competentes en materia civil o contencioso administrativo.

penal –delimitado en el art. 91 del mismo cuerpo legal–, frente a un caso de usurpación en el que se solicite la restitución de un inmueble, una solución acorde con el principio de *ultima ratio* aconseja que el magistrado actuante se declare incompetente para intervenir en dicha medida, debiendo las partes concurrir por la vía y fuero correspondiente, que en este caso no es otro que la Justicia Nacional en lo Civil, teniendo en cuenta que aún no se ha cumplido con el traspaso de competencias en esa materia impuesto por la constitución local. En esta línea de pensamiento, en casos análogos cierta jurisprudencia viene sosteniendo que:

en virtud del mandato legal contenido en el art. 524 del C.P.P.N., por el que se debe evitar el desvío del objeto del proceso penal, expresado a su vez en el art. 193 del mismo cuerpo, debe declararse la incompetencia para entender en la restitución del inmueble, debiendo las partes concurrir a la vía correspondiente.⁸⁶

Como queda claro a partir del relato efectuado, la incorporación por parte del legislador local del art. 335, cuarto párrafo, ratificando el camino iniciado con el art. 238 bis del C.P.P.N., no puede sino concebirse como la explicitación del fracaso de las políticas habitacionales implementadas por el Estado y de las medidas oportunamente introducidas por la ley 24.454. Frente a tal panorama, ello nos reconduce al cuestionamiento de fondo realizado durante el desarrollo de este trabajo, que apunta a preguntarse si la alternativa más adecuada en el camino de la resolución del conflicto resulta ser la brindada por el derecho penal, o si por el contrario, lo aconsejable sería –tal y como aquí se propone– reducir el marco fáctico punitivo hacia soluciones de menor entidad lesiva y con similar o mayor eficacia que la que ofrece el artículo en cuestión.

5.2. LA FACULTAD FISCAL DE DISPONER LA RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE

En el apartado anterior se hizo alusión a las similitudes existentes entre el art. 335 del C.P.P.CABA y el art. 238 bis del C.P.P.N., en virtud de haber servido este último como antecedente para su incorporación al código local. Sin embargo, más allá de las similitudes conceptuales, lo cierto es que entre ambas normas existe una notoria diferencia, establecida por la facultad otorgada al fiscal en el código adjetivo local, de disponer por sí el inmediato reintegro del inmueble a pedido del damnificado; facultad que en el orden nacional se encuentra reservada pura y exclusivamente en cabeza del juez.⁸⁷

Planteada así la cuestión, para quienes no comulguen con la solución propiciada en el capítulo anterior, en lo sucesivo se analizará si dicha facultad que el código ritual establece en cabeza del Ministerio Público Fiscal, resiste el control de constitucionalidad. Para ello, comenzaré haciendo alusión a cierta doctrina que defiende su incorporación, postulando para ello una diferenciación entre la llamada “orden de lanzamiento” que puede eventualmente dictar el Fiscal en los términos del cuarto párrafo del art. 335 del C.P.P.CABA., y la “orden de allanamiento” a que se refiere el art. 13 inc. 8° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –que solamente puede emanar de un juez–, por cuanto la primera se relacionaría con la restitución de un inmueble usurpado, mientras que la segunda se refiere a la intromisión en un domicilio para buscar pruebas o personas; quedando reservada en consecuencia la necesidad de requerir una orden judicial exclusivamente para aquellos casos en los que la ocupación del inmueble hubiera tenido visos iniciales de legalidad y en el lugar se encontraran pruebas que demuestren lo contrario (Cevasco, 2009:399).

86. C.N.C.C., Sala VI, Agiro, José C. y otro, cn° 25.026, rta. 23/03/05 –del voto en disidencia del Juez Bunge Campos.

87. Recordemos que el art. 335 del C.P.P.CABA establece, en su cuarto párrafo, que: “En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún si dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil”.

Ahora bien, planteada así la cuestión adelanto mi opinión contraria a la postura arriba señalada, por cuanto a mi criterio no existe duda alguna de que el reintegro del inmueble en los casos de usurpación, constituye una medida cautelar que, por el modo en que debe ser materializada y por sus efectos, como regla debe ser dispuesta por el juez competente a requerimiento del damnificado o del fiscal interviniente. Ello así, por cuanto más allá del fraude de etiquetas con el que pretende enmascararse la facultad en cabeza del fiscal de disponer el “lanzamiento del inmueble”, lo cierto es que esa medida trae aparejada necesariamente una injerencia en la vida privada de los imputados y una restricción a la libre disposición de su patrimonio que, como tal, solamente puede ser autorizada por un magistrado.

Así es que no basta para que la autorización a la afectación de la intimidad domiciliar sea legítima, que ella provenga de una autoridad judicial, sino que se requiere que la orden de allanamiento haya emanado de un juez. Ello en razón del principio general que prescribe que las graves afectaciones a los derechos constitucionales tendientes al esclarecimiento de un hecho delictivo sean evaluadas en cuanto a su necesidad y procedencia por el órgano que ofrece mayor garantía para su resguardo. En esta última posición no se encuentra el Ministerio Público, pues no deja de ser un organismo requirente, especialmente interesado en la aplicación de las normas penales, para lo que formula peticiones necesariamente basadas en preconceptos acerca de la responsabilidad del imputado (Flemming, 2008:216).

Obsérvese que en el “Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal”, conocido como “Reglas de Mallorca” –que fuera utilizado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas oportunidades para interpretar el alcance de las garantías del imputado–,⁸⁸ se estableció la finalidad de: “armonizar las exigencias de una justicia Penal eficaz con el respeto efectivo de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por el proceso penal”, tal como reza su preámbulo, mientras que en particular, en su artículo octavo se sostiene:

1) Sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Si este no es el caso, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un tribunal superior (...) 2) Las medidas tomadas por el Ministerio Público y por la policía que impliquen directamente lesión de los Derechos Fundamentales de la persona deberán ser autorizadas judicialmente, a instancia del referido Ministerio Público. 3) Sólo en los casos de urgencia, expresamente previstos en la ley, el Ministerio Público o la policía podrán adoptar tales medidas y en este caso deberán ser homologadas judicialmente en el plazo más breve posible.

De lo expuesto se desprende que la restricción de derechos reconocidos a nivel constitucional y legal no puede ser tomada, sin más, unilateralmente por el fiscal, sino que corresponde que el órgano jurisdiccional, como garante de la legalidad del proceso, asegure el respeto al debido proceso, la defensa en juicio y la salvaguarda de los postulados del sistema acusatorio. Ello así, dado que tanto el acusador como el acusado están en un pie de igualdad con las mismas facultades y derechos para actuar, no pudiendo admitirse que alguna de las partes pueda encontrarse en una situación de superioridad frente al órgano.⁸⁹

Asimismo, cabe señalar que si bien en rigor de verdad la exigencia de que la orden de allanamiento emane de una autoridad judicial no se desprende expresamente del art. 18 de la CN, el art. 13 inc. 8° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no admite medias tintas, al disponer que “el allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el

88. C.S.J.N., Fallos: 328:1491 y 329:3034, entre otros.

89. C.A.P.C.yF., Sala III, Incidente de apelación en autos Ardissonne, Guillermo y otros s/inf. Art. 181 inc. 3° y otro, cn° 38.475, rta.29/03/09.

secuestro de papeles y/o correspondencia o información personal almacenada, sólo puede ser ordenado por el juez competente". Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la Corte ya había sostenido sobre el particular que "aunque en rigor no resulta exigencia del art. 18 [de la Constitución] que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que sólo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo (cfr. en el orden nacional los arts. 188 y 189 del Código de Procedimientos en Materia Penal)".⁹⁰ Es claro entonces que el mensaje de la Corte es que ningún otro funcionario que no sea un juez está constitucionalmente habilitado para disponer tal medida (Carrió, 2004:286), criterio que por otro lado parece ser compartido por los Fiscales del fuero, respetuosos de las garantías constitucionales del imputado, por cuanto en la práctica diaria no se registran casos en los que la restitución de un inmueble hubiera sido ordenada directamente por los representantes de la vindicta pública.⁹¹

Ahora bien, arribado a este punto, corresponde adoptar una posición en torno a la constitucionalidad del cuarto párrafo del art. 335 del C.P.P.CABA, para lo cual tengo en consideración el criterio restrictivo establecido al respecto por el Tribunal cívico, en cuanto sostuvo en numerosos precedentes que la inconsecuencia o la falta de previsión no deben suponerse en el legislador, debiéndose adoptar una exégesis que concilie a las normas entre sí y las deje a todas con valor y efecto.⁹² Por tal motivo, entiendo que la única forma de conciliar dicha normativa con los preceptos constitucionales precitados, consiste en reservar la potestad fiscal de disponer la restitución de inmuebles pura y exclusivamente para situaciones de urgencia frente a casos de flagrancia establecidos en el art. 78 del C.P.P.CABA, en los que no existan mayores controversias sobre el derecho que las partes invoquen, y con inmediata noticia por cualquier medio al magistrado interviniente, quien en última instancia deberá evaluar en el plazo más breve posible si convalida dicha medida. Esta postura a su vez se condice con el criterio sentado al respecto por la C.S.J.N., como así también con las directrices establecidas en las "Reglas de Mallorca" arriba reseñadas, en cuanto habilitan la potestad fiscal de limitar o restringir los derechos del imputado a los casos de urgencia previstos por la ley.

Por lo demás, este resulta ser el criterio seguido por la jurisprudencia, al establecer que:

si se admite la posibilidad por parte del Ministerio Público Fiscal de ordenar medidas cautelares de índole personal o real, ésta última contenida en el art. 335, párrafo cuarto del CPPCABA, cuando no existan razones verdaderamente excepcionales para ello y obviando que la decisión final sobre su legalidad debe ser exclusiva del juez, se estaría dotando al fiscal de un excesivo margen de facultades y diluyendo el "sentido garantista de la diferenciación de funciones, incurriéndose de hecho en una mera sustitución de un inquisidor jurisdiccional por un inquisidor fiscal".⁹³

5.3. PANORAMA ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORAS

5.3.1. Derecho a ser oído

En la actualidad, la jurisprudencia de la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas

90. C.S.J.N., 306:1752.

91. Tal y como se desprende del análisis de los casos de restitución del inmueble usurpado, efectuado en el informe estadístico citado elaborado en torno al art. 181 C.P. por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, en un 42% de los casos la restitución tuvo lugar en virtud del proceso de mediación que impulsa el protocolo de actuación establecido en la Res. 121/08, mientras que en el 34,45% se realizó a través de la orden del Juez de Garantías y en el porcentaje restante tuvo lugar por decisión voluntaria del imputado.

92. C.S.J.N., 255:192, 258:17, 262:41, 281:146, 278:62 y 297:142, entre muchos otros.

93. C.A.P.C.yF., Sala III, Incidente de apelación en autos Ardisson, Guillermo y otros s/inf. Art. 181 inc. 3° y otro, cn° 38.475, rta.29/03/09; con cita de Vázquez Rossi, Jorge, Derecho procesal penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 391.

viene considerando unánimemente que la facultad de reintegro provisional del inmueble prevista en el art. 335, cuarto párrafo, C.P.P.CABA, posee la naturaleza jurídica de una medida cautelar, debiendo en consecuencia configurarse para su procedencia los requisitos de verosimilitud del derecho invocado por el peticionante, peligro en la demora, y en su caso el ofrecimiento de una contracautela,⁹⁴ acreditados los cuales la medida de restitución resultará procedente. Por tal motivo, al tratarse de una medida cautelar se considera que esta puede dictarse inaudita parte, es decir de acuerdo a los hechos que afirma y acredita el peticionante, sin necesidad de escuchar a la contraparte, representada en estos casos por los imputados.

Como podrá advertir el lector, en virtud de lo señalado en el párrafo anterior, una apresurada lectura podría llevarnos a concluir que no existe obstáculo alguno para que la restitución anticipada tenga lugar aun antes de haber imputado el hecho a una persona determinada y sin escuchar qué tienen para decir los habitantes de los inmuebles. Sin embargo, esta circunstancia resulta a mi juicio susceptible de vulnerar el derecho de defensa en juicio y debido proceso contenidos en el art. 18 de la CN y en diversos tratados internacionales incorporados a la Carta Magna mediante el art. 75 inc. 22. Asimismo, resulta a su vez contraria a lo establecido en la Observación General nro. 7 del CDESC, a la que se hiciera referencia en el capítulo II de este trabajo,⁹⁵ en cuanto allí se estableció que resulta necesario respetar el debido proceso en todo tipo de desalojos de inmuebles destinados a la vivienda, otorgando una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas, otorgándoles un plazo suficiente y razonable de notificación con antelación a la fecha prevista para el desalojo, a fin de facilitar a todos los interesados (...) información relativa a los desalojos previstos".

La preferencia axiológica a favor de la defensa de los propietarios de los inmuebles usurpados parece ser la única explicación para explicar el desapego a normas de jerarquía constitucional que favorecen los derechos de los imputados. Sin embargo, a fin de armonizar las garantías constitucionales de todo imputado –en particular los derechos de defensa en juicio y debido proceso– y los preceptos de derecho internacional precitados, con nuestro derecho interno, entiendo que como medida previa al dictado de la medida cautelar de naturaleza restrictiva contemplada en el art. 335, cuarto párrafo, del C.P.P.CABA, se impone la necesidad de brindarle a los imputados cuanto menos la posibilidad de ser oídos en los términos del art. 161 del C.P.P.CABA.,⁹⁶ más aún si se tiene en consideración que el reintegro del inmueble implica en definitiva un adelantamiento de las posibles consecuencias de la imposición de una condena en los términos del art. 29 inc. 1° del C.P., a la que sólo se llega en un porcentaje mínimo de casos,⁹⁷ lo que transforma en la práctica a dicha medida en una suerte de condena anticipada sin juicio previo.

En el sentido aquí señalado, la jurisprudencia ha sostenido en un caso análogo al presente que: si no media convocatoria en los términos del art. 294 del C.P.P.N., deviene prematura la

94. Esta es la postura de la Sala I en los autos O.E.P. y otros s/infracción art. 181 inc. 1° C.P., usurpación (despojo), cn. 13.163, rta. 28/10/09. Igual criterio siguen la Sala II, Alcayaga, María del Rosario s/inf. Art. 181 inc. 1°, usurpación (despojo), cn. 32.413, rta. 26/03/09; y la Sala III, en autos Ardissone, Guillermo y otros inf. Ley 14.346 y inf. Art. 181 inc. 3° C.P., cn. 38.475, rta. 29/06/09.

95. La C.S.J.N. ha establecido que los órganos de fiscalización del cumplimiento de los tratados están autorizados a interpretar los alcances de los derechos protegidos, sirviendo su jurisprudencia de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en el leading case Giroldi (Fallos 318:514).

96. En esta línea de pensamiento, recientemente el Defensor General de la C.A.B.A., estableció como criterio general de actuación que en los casos de restituciones anticipadas de inmuebles, como medida previa los defensores deberán brindar asistencia jurídica y procurar que las personas imputadas sean oídas por el juez de modo previo a la decisión sobre el lanzamiento (Res. D.G. 155/10).

97. Vale la pena mencionar que según el informe efectuado a tenor del art. 181 C.P. por el Ministerio Público Fiscal, sólo el 2% de los casos iniciados por este delito fue requerido a juicio.

entrega del inmueble fundada en el art. 238 bis del C.P.P.N., pues se requiere, cuanto menos, la sospecha de que quien habita el inmueble participó de la comisión del hecho delictivo aquí investigado, lo que al no corroborarse en el sub lite, manifiesta la improcedencia de la solicitud de entrega del inmueble.⁹⁸

5.3.2. Soluciones de *lege ferenda*

En el párrafo 16 de la Observación General nro. 7 del CDESC, se establece que los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Asimismo, establece que cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.

Teniendo en cuenta estos parámetros, como así también los demás principios establecidos por el aludido Comité, el entonces diputado Facundo Di Filippo presentó en la legislatura un proyecto de ley tendiente a modificar el art. 335 del C.P.P.CABA,⁹⁹ en el cual establece, como medida previa al reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, la obligación en cabeza del juez de notificar y correr traslado por el término de diez días a los ocupantes del mismo. De aceptarse la obligatoriedad de escuchar a los imputados como medida previa a la adopción de cualquier medida de carácter cautelar, tal y como se propusiera en el capítulo precedente, esta modificación no tendría mayor sentido, teniendo en cuenta que la citación a prestar declaración importará interiorizarse del contenido de la acusación y sus posibles implicancias.

Asimismo, recogiendo algunas de las directivas ya establecidas en el criterio general de actuación elaborado por el Procurador General de la C.A.B.A. en la resolución nro. 121/08 F.G.,¹⁰⁰ en el mentado proyecto se prevé que para el caso de que el inmueble se halle ocupado por personas que destinan el bien a vivienda única, el tribunal deberá ordenar la realización de un informe tendiente a determinar si los ocupantes pueden quedar expuestos a una situación de desamparo habitacional, en cuyo caso establece la obligación de ordenar a las áreas competentes del Gobierno, como medida previa, que garanticen una solución habitacional a los ocupantes.¹⁰¹

Si bien en el proyecto aludido no se contempla qué sucedería frente a un eventual silencio o incumplimiento por parte del Gobierno en brindar una solución habitacional adecuada, considero que su intención resulta loable teniendo en cuenta que al menos pasaría a establecer, con rango legal, la obligatoriedad de intervención de las áreas pertinentes del

98. C.N.C.C., Sala VI, cn. 32.791, Cingunegui, Juan, rta. 24/08/07. En el mismo sentido, C.N.C.C., Sala IV, cn. 16.343, Chorolque, María R., rta. 25/06/2001; y Sala VII, cn. 32.945, Quiroga, Norma, rta. 09/11/07, entre otros.

99. Proyecto nro. 1553/2009, presentado en la legislatura el 6 de agosto de 2009, el cual a la fecha posee estado parlamentario y se encuentra a estudio de la comisiones de justicia y vivienda.

100. Esta resolución establece, como criterio general de actuación para los representantes del Ministerio Público Fiscal en lo P.C.yF., un protocolo de actuación para los casos de restitución de inmuebles usurpados, que en lo que aquí interesa dispone que una vez librada la orden de allanamiento por el Juez, el Fiscal deberá notificar a la Dirección General de Atención Inmediata, con el objeto de ofrecer durante el procedimiento las instancias de atención social y derivación a los distintos programas, a fin de no dejar a los ocupantes irregulares en situación de desamparo.

101. Así, incorpora como sexto párrafo del art. 335 del C.P.P.CABA el siguiente texto: "Si los inmuebles se hallaren ocupados por personas que destinan el bien a vivienda única, el Tribunal debe ordenar inmediatamente la realización de un informe socioambiental por parte de las áreas competentes del Gobierno de la Ciudad, el cual deberá ser remitido al juzgado en un plazo máximo de diez (10) días. Si de ese informe surgiere que los ocupantes quedan expuestos a una situación de desamparo habitacional en caso de ejecutarse el reintegro del inmueble, el Tribunal ordenará a las áreas de gobierno competentes, previo a la ejecución del mismo, que garanticen una solución habitacional adecuada a los ocupantes".

Gobierno de la Ciudad frente a una situación de emergencia habitacional, con el objeto de paliar la situación de aquellas personas que, luego de ejecutadas tales medidas, quedan expuestas a una situación de calle. Por otro lado, el mentado proyecto debe ser considerado un importante avance, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia actual del Tribunal Superior de Justicia parece ir en sentido contrario,¹⁰² ignorando las obligaciones internacionales establecidas sobre el Estado en materia de desalojos forzosos, como así también el derecho a contar con una vivienda digna.¹⁰³

Asimismo, respetando la obligación establecida en el párrafo 8 de la Observación General nro. 7 del CDESC,¹⁰⁴ el aludido proyecto de ley efectúa una diferenciación según se trate de un inmueble propiedad de un particular o del G.C.B.A., estableciendo en este último caso la imposibilidad de llevar adelante el reintegro hasta tanto no se garantice una solución habitacional adecuada a sus ocupantes.¹⁰⁵ En esa senda, el Defensor General de la C.A.B.A. instruyó recientemente a los defensores de primera instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, para que soliciten se deje sin efecto la restitución anticipada de inmuebles en los casos en los que el presunto damnificado sea el Estado, teniendo en cuenta que la Observación General nro. 7 posee jerarquía constitucional, por cuanto establece las condiciones de interpretación adecuadas de vigencia del P.I.D.E.S.C. (art. 75 inc. 22 CN).¹⁰⁶

VI. CONCLUSIÓN

Conforme se señalara al comienzo de este trabajo, se ha intentado abordar el tipo penal de usurpación por despojo y la medida cautelar de restitución de inmuebles de una manera holística, efectuando para ello una interpretación armónica, coherente y restrictiva del articulado, que vinculara dichos institutos con la problemática social que en materia de vivienda existe en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, propiciando a su vez la aplicación de un derecho penal reductor y respetuoso de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino.

Con ese norte, se han presentado diversas soluciones, tanto procesales como interpretativas de la normativa actual en materia de usurpación de viviendas, tomando como base el principio de mínima intervención; ello con el objeto de morigerar la selectividad natural del sistema, a fin de evitar que el aparato criminalizador estatal se dirija contra personas que

102. Así, se ha dicho que: "si hay algún derecho en juego frente a una denuncia de usurpación ése es el derecho de la víctima a que se le restituya lo que es suyo y en general no entran en juego –no al menos de manera directa– los derechos o los intereses de los sujetos que se apropian, o se aprovechan, de lo que no les pertenece" (del voto de la Dra. Ana María Conde en los autos Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la C.A.B.A.– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: N.N. (Yerbal 2635) s/inf. Art. 181, inc. 3° C.P. inconstitucionalidad–, expte. 6895/09, rta. 12/07/2010).

103. Resulta claro que la vivienda es un derecho fundamental del ser humano y, tal como señaló el tribunal cimero hace casi un siglo, es un bien de los más imprescindibles para la vida, más indispensable que cualquier servicio público, cuyo consumo no es elástico o con aptitud de adecuarlo a los medios económicos de cada persona: no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación. Se está ante un servicio de vital necesidad, cuya carencia posibilita la opresión económica y afecta, asimismo, la prosperidad y el bienestar esencial de un país o una región (C.S.J.N., Fallos: 136:170, 172 y 175).

104. Allí se establece que: "El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos. Por su parte, en el párrafo 16 se establece en cabeza del Estado el deber de adoptar las medidas necesarias para que se les proporcione otra vivienda a las personas desalojadas".

105. Se propone incorporar como párrafo 7° del art. 335 C.P.P.CABA el siguiente texto: "En los casos en que el damnificado sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no podrá ejecutarse el reintegro del inmueble hasta tanto no se garantice una solución habitacional adecuada a los ocupantes".

106. Res. 155/10 D.G.

se encuentran huérfanas de la asistencia estatal necesaria que les proporcione condiciones dignas de vida. Porque no caben dudas de que una persona que ingresa en un domicilio ajeno en busca de un refugio donde pasar la noche, más que un criminal resulta ser un desposeído de sus derechos básicos de subsistencia, los que a su vez deben ser garantizados por el Estado que, paradójicamente, en muchos de esos casos se presenta en el proceso reivindicando sus derechos en carácter de sujeto pasivo del despojo (por ej. en los supuestos de ocupación de bienes del Estado o de predios públicos).

Por tal motivo, entiendo que la solución al problema habitacional requiere de una solución multifacética, con la intervención coordinada de los diversos actores que intervienen en la materia, sin que resulte adecuado acudir al derecho penal buscando soluciones de máxima, que en definitiva no hacen más que exacerbar la venganza pública y privada; ya que indirectamente se alienta a la víctima desposeída a buscar la solución más lesiva, dado que en el ámbito penal no sólo cuenta con un instrumento de mayor presión para lograr la restitución del inmueble usurpado, sino que también se ve liberada de la carga de impulsar el proceso, que tendría en el ámbito privado.

En definitiva, se ha pretendido imponer que antes de acudir al ámbito penal, se opte por una solución de carácter menos lesivo y se recurra a otros institutos que, con idéntica eficacia se erigen como una solución alternativa a la problemática y respetan el principio de intervención mínima, imprescindible en un estado social y democrático de derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Agozino, Adalberto C., (2004), *Nuevas modalidades de la violencia política*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

Área Derechos Sociales-Vivienda (2007): *Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, disponible online en: <www.defensoria.org.ar>.

Baigún, David y Eugenio Raúl Zaffaroni –coordinadores– (2009), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires.

Bermúdez, Ismael (2007): "El 30,7% de los porteños ya no puede cubrir la canasta familiar", en *Clarín*, 26 de julio, disponible online en: <www.clarin.com>.

Carrió, Alejandro D (2004), *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Hammurabi, Buenos Aires.

Cevasco, Luis J. (2009), *Derecho Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ad Hoc, Buenos Aires.

Centro de Derecho a la Vivienda y Contra los Desalojos (COHRE) (2005): *Informe de misión, El derecho a la vivienda en Argentina*, Buenos Aires.

Centro de Estudios Perspectiva Sur (2010): *Informe "Poblaciones vulnerables y derechos al hábitat y movilidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*.

Console, José (1997), *Usurpación de inmuebles*, La Rocca, Buenos Aires.

Creus, Carlos (1999), *Derecho Penal. Parte Especial, T° I*, Astrea, Buenos Aires.

D'Alessio, Andrés José –Dir– (2009), *Código Penal de la Nación comentado y anotado, T° II*, La Ley, Buenos Aires.

Donna, Edgardo Alberto (2008), Delitos contra la propiedad. Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Fleming, Abel y Pablo López Viñals (2008), Garantías del imputado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Fontan Balestra, Carlos (2003), Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, (3° ed. Actualizada por Guillermo Ledesma), T° IV, Lexis Nexis, Buenos Aires.

Gazzolo, Juan R (2008), Delito de usurpación, Ejea, Buenos Aires.

Moreno, Rodolfo (h) (1923), El Código Penal y sus antecedentes, T° V, H. A. Tommasi, Buenos Aires.

Muñoz Conde, Francisco, (2004), Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia.

Núñez, Ricardo (1967), Derecho Penal Argentino. Parte Especial, Tomo V, Omeba, Buenos Aires.

Rubianes, Carlos J. y Héctor F. Pellerano (1960), El delito de usurpación, Omeba, Buenos Aires.

Soler, Sebastián (1963), Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Tea, Buenos Aires.

Toledo, Alejandro C, El delito de usurpación de inmuebles, http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=153 (20/07/2010).

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009), El enemigo en el derecho penal, Ediar, Buenos Aires.



Eje Temático

Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas

1er. Premio

“Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo”
Flavio Ismael Lowenrosen

2do. Premio

Desierto por no cumplir los requisitos

3er. Premio

“Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo
Halabi y ley 26.361”
María Belén Aliciardi



Flavio Ismael Lowenrosen

Hacia una efectiva igualdad de las
relaciones de consumo

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

1er. Premio

Hacia una efectiva igualdad en las relaciones de consumo*

Flavio Ismael Lowenrosen**

I. LA PREMISA DE LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS

1.1. GENERALIDADES SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS

La búsqueda de la igualdad en las relaciones sociales y jurídicas debería ser el paradigma que conduzca a todo Estado de Derecho. Sólo mediante la igualdad en las relaciones jurídicas se obtiene una sociedad basada en la equidad en los vínculos y, por consiguiente, en la cual –por lo menos en teoría– impera la armonía social.

La igualdad significa, lisa y llanamente, en principio, que corresponde que se le brinde el mismo tratamiento para quienes se encuentren en las mismas condiciones.¹ Es decir, la regla general es que quienes están en una misma situación sean objeto de mismo trato.

Pero, el concepto de igualdad no se reduce a ello. Ya que considerar a esa la regla general señalada en el párrafo anterior como absoluta permitiría que en situaciones jurídico-sociales en las que una de las partes se encuentre *ab initio* en una posición de desventaja frente a la contraria, esa parte continúe durante el transcurso del vínculo en una situación de inferioridad.

Es importante destacar, en este contexto, que sólo se logra una real igualdad en las relaciones sociales cuando se articulan normativa, jurídica y socialmente medidas destinadas a que la parte que en lo fáctico es la débil de la relación jurídico-social, sea situada en una posición de superioridad legal que permita igualar la relación jurídica.

Entonces, la premisa de la igualdad en la relación jurídica se logra a través de la articulación de medidas que tiendan a:

- Generar derechos al débil y, consecuentemente, obligaciones al fuerte, para que la natural desigualdad existentes entre las partes, se reduzca (Bersten: 2005:2), evitándose así situaciones discriminatorias;²

- Valorar la situación fáctica de la situación jurídico-social;³

- Tratar en las mismas condiciones a quienes se encuentran en iguales condiciones.⁴

La búsqueda de la igualdad en las relaciones jurídico-sociales es un mecanismo esencial que persigue que las personas se interrelacionen entre ellas y con el Estado en una situación de armonía y equidad.

* Trabajo ganador del 1er Premio Formación Judicial 2010, en el eje "Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas"

** El seudónimo utilizado fue "Bebakro"

1. Desde antaño la CSJN se manifestó en ese sentido. Sostuvo en 1875 que la igualdad: Consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias, autos. Criminal c/ Olivar, Guillermo, Fallos: 16-118.

2. Fallos: 332-433.

3. Fallos: 331-2271.

4. La garantía constitucional de la igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, CSJN, Fallos: 333-108, 23-02-2010.

Así las cosas, la premisa esencial que debe guiar a todo Estado de Derecho es la consolidación de la igualdad en las relaciones jurídicas, como principio absoluto que nunca puede ser demeritado ni por el Estado, ni por los particulares.⁵

Y no podemos olvidar que en el marco de situaciones en que una persona es la débil jurídica, o se encuentra en una posición de indefensión, o de necesidad, se torna imperiosa la articulación de medidas que tiendan a que le iguale su situación en el mundo jurídico,⁶ siendo esta una premisa que surge de la propia génesis del derecho constitucional.

Es por ello que la igualdad debe ser el norte de toda actividad jurídico-funcional del Estado, fomenta la equidad, la ética, y la armonía en las relaciones jurídicas.

1.2. LA IGUALDAD ANTE Y EN LA LEY, BASE DE TODO ESTADO DE DERECHO

Toda relación jurídica y social se debe asentar, en teoría, en el principio de igualdad de trato y en el de reciprocidad. Sin esta premisa es imposible encauzar un vínculo jurídico o social en condiciones equitativas, justas y dignas para las partes.

El principio de igualdad ante la ley es uno de los puntos esenciales y básicos que permiten que los sujetos puedan ejercer sus derechos sin que medie discriminación hacia ellos, y en un clima de armonía social que posibilite el desarrollo de la vida en comunidad.

La igualdad debe sucederse, generalmente, en dos sentidos diferenciados, a saber: a) frente al texto de la ley, ya que esta debe serle aplicada del mismo modo a todos los que estén en las mismas condiciones;⁷ b) dentro de la ley.

Frente al texto de la ley, la igualdad viene a garantizar que todos los que estén en las condiciones de ser destinatarios de los efectos de la misma, sean tratados de igual modo, y sin excepciones que impliquen discriminar a unos sobre otros. En este contexto, vale traer a colación el principio de inderogabilidad singular de la normativa, cuyo eje central apunta a impedir que una norma destinada a un colectivo sea aplicada a algunos de sus miembros y a otros no, en abierta oposición al principio de igualdad.⁸

Dentro de la ley, la noción de igualdad significa que esta no establece discriminaciones sobre todos los que legisla y regula. A todos les da el mismo trato. Pero este principio no es absoluto, ya que cuando la ley se aboca a la regulación una vinculación jurídica en la cual a una de las partes se presupone experta o poderosa o fuerte y a otra profana o débil (relaciones empleador-empleado, proveedor-consumidor, administración-administrado, etc.) en su texto se establece una desigualdad que tiende a que se equilibre la relación jurídica en el mundo real.⁹

Esta es la justificación de por qué se establecen, por ejemplo, en la Ley de Contrato de

5. "La igualdad constitucional no pueden ser limitada de modo que el derecho se frustre", CSJN, Fallos: 332-2633, 24-11-2009.

6. Fallos: 331-1873.

7. Fallos: 333-108. En este sentido, además, se ha sostenido que: "No lesionan el derecho de igualdad las distinciones efectuadas por el legislador para supuestos que se estimen diferentes, en tanto no sean arbitrarias, ni obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una causa objetiva que dé fundamento al diferente tratamiento" (Fallos: 316-1764).

8. Se sostuvo, por ejemplo que: "En la relación contractual administrativa, la intangibilidad del acuerdo sobre la base de la propuesta seleccionada es la garantía insoslayable para que los proponentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones" (Fallos 330-1649).

9. Se ha sostenido que: "El derecho del usuario y del consumidor constituye un régimen tuitivo, de carácter exorbitante, del derecho común y que brinda mayor protección a quienes son considerados usuarios o consumidores, conforme lo establecido por la Constitución nacional y las leyes" (Bersten, 2005:2).

Trabajo o en la Ley de Defensa del Consumidor derechos a favor de una de las partes (la débil) que deben ser satisfechos por la otra, la que se supone es la fuerte. El derecho de una es la obligación de la otra (Kelsen, 1993).

Entonces, atento a lo señalado, la igualdad total se obtiene cuando en la norma se establecen iguales condiciones para todos o se delinean pautas que garanticen que en el mundo real el débil pueda ser protegido y tutelado en sus derechos, mientras que a esto se lo debe complementar con el hecho que se proceda a tratar del mismo modo a todos los que son destinatarios de la norma.

1.3. LA IGUALDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO

El principio de igualdad de derechos y ante la ley fue la piedra angular que se esbozó en los primeros intentos libertarios en la Confederación de las Provincias Unidas de Río de la Plata, pero también en toda Iberoamérica.

La noción de igualdad de derechos y ante la ley ha sido considerada capital, esencial, Por quienes forjaron la construcción jurídica del Estado argentino. Desde las entrañas de las primeras manifestaciones constitucionales,¹⁰ se plasmó en los textos normativos como un elemento central la igualdad de las personas ante la ley y entre ellas. No podemos olvidar, en este sentido, que mediante la abolición de la esclavitud se pretendió que todas las personas fueran teóricamente iguales, lo que significó enfocar, por lo menos incipientemente, el centro de la tutela en la persona y no en lo que ella pueda producir o generar económicamente.

Asimismo, debe destacarse que en los albores del constitucionalismo nacional,¹¹ en un ya remoto 1819, la Constitución sancionada ese año,¹² de breve vigencia,¹³ determinaba que la ley debe ser una misma para todos, y que debía favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos.¹⁴ Igual predicamento fue receptado en el texto de la Constitución de 1826.¹⁵

Emerge así, que el constituyente se preocupó más –en esa ocasión– por reconocer una serie de derechos a favor de los particulares, que por determinar las bases organizativas del Estado, a punto tal que describió de modo puntilloso el alcance tuitivo de los derechos, pero, por ejemplo en el año 1819, no se ocupó de establecer con precisión los mecanismos de gobierno provincial, ni tampoco si el jefe de Estado sería un presidente o un monarca.

Se observa, entonces –quizá con base a las influencias de la Constitución Francesa de 1791 y de la Española de 1812, ambas de cuño liberal y destinadas a consagrar derechos

10. La Asamblea General Constituyente de 1813, inaugurada el 31 de enero de ese año, fue un hito significativo en el impulso por la igualdad de los derechos.

11. El nacimiento del constitucionalismo se considera que ocurrió en 1811 a través del dictado del Estatuto Provisorio que deslindaba las atribuciones entre la Junta Provisional Gubernativa y el Triunvirato. La finalidad de esta norma era preferentemente organizativa de las instituciones rectoras del incipiente Estado.

12. Por los diputados de las provincias de Tucumán, Charcas, Santiago del Estero, Mendoza, Buenos Aires, Córdoba, San Luis, La Rioja, Santiago del Estero, Cochabamba, Mizque, Buenos Aires, Chilcas, Catamarca.

13. El proyecto de Constitución fue aprobado por el Congreso y entró en vigencia el 25 de mayo de 1819. La mayoría de las provincias se opuso, y muchas de ellas no estuvieron representadas en el I Congreso, como Salta, San Juan, la provincia Uruguay, Misiones, Entre Ríos, Corrientes, Santa Fe. Se la tildó de unitaria, y por eso las provincias rechazaron el documento y Santa Fe y Entre Ríos decidieron ir a la guerra contra Buenos Aires, triunfando en la batalla de Cepeda, del 1° de febrero de 1820, lo que provocó la caída del entonces Director Supremo José Rondeau, y consecuentemente, ese hecho significó el fin de la vigencia de la Constitución de 1819.

14. Establecía, el artículo 110 de la Constitución de la República de 1919: "Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, perceptiva o tuitiva, debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos".

15. En su artículo 160.

individuales como medio de reivindicación ante siglos de opresión- que la intención de la mayoría de los veintinueve diputados que integraban la Asamblea Constituyente de 1819 fue la de reconocer dentro del texto constitucional los derechos de las personas, con el fin de poner a unas con otras en una posición de igualdad entre ellas, ante la ley y frente a los poderes públicos.

Esta postura del constituyente, destinada a resguardar el principio de igualdad, se repitió en el intento constitucional de 1826, y también, con otra redacción, en el texto del año 1853, que con algunos cambios¹⁶ continúa vigente a la fecha.

Si bien en la Constitución de 1853 se modificó la redacción dada por sus predecesoras de los años 1819 y 1826 sobre los alcances del derecho a la igualdad, el principio quedó consagrado de modo pleno, y sus efectos no se limitaron ni redujeron.

Es más, la tradición estatal de manifestarse a favor del derecho a la igualdad de las personas se demostró, por lo menos formalmente, luego de la sanción y promulgación de la ley 1130, que dispuso la disolución de las casas de moneda provinciales, y la centralización de la emisión a través de una Casa Nacional de la Moneda. Se dispuso –en esa oportunidad– que las monedas que esta acuñara tengan un canto parlante con la leyenda “Igualdad ante la Ley”.¹⁷

Más allá de las expresiones constituyentes del siglo XIX y hasta de algunas manifestaciones políticas de la época destinadas a consagrar el derecho a la igualdad, no debemos olvidar que también el órgano judicial a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde sus inicios,¹⁸ se manifestó a favor la igualdad ante la ley,¹⁹ del trato igualitario y equitativo²⁰ y de la reciprocidad de trato entre particulares²¹ y entre estos y el Estado.²²

Este pensamiento, destinado a consagrar el derecho a la igualdad, vertebrado a través de la Constitución, la normativa y la jurisprudencia desde los inicios del Estado argentino, prosiguió en el siglo XX –y hasta en el recién comenzado XXI– mediante modificaciones al texto constitucional, y el dictado de normas y hasta la modificación judicial de antiguas doctrinas, todo ello con el fin de tender a que prevalezca el imperio de la Constitución, el de la equidad²³ y el la ética, y de intentar posicionar al débil jurídico en una posición de igualdad frente y ante el experto o “fuerte”, sea esta una persona estatal o privada.

16. Frutos de las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1972 y 1994.

17. Las monedas de 2 peso y medio, “Medio Argentino Oro” (acuñadas en los años 1881–9 ejemplares- y en 1884–421 ejemplares), y de 5 pesos, “Un Argentino Oro”, (acuñadas desde 1881 a 1889 y en 1896) tienen esa leyenda. También la posee la moneda de 1 Peso, Patacón de Plata, acuñada desde 1881 a 1883 inclusive.

18. La Corte de Justicia de la Nación fue creada el 115 de enero de 1863.

19. La CSJN sostuvo: “Consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias”, autos Criminal c/ Olivar, Guillermo, 1875, Fallos T. 16, P. 118.

20. Se sostuvo: “Entre esas facultades se halla naturalmente la de fijar un turno para la inscripción de los miembros de cada uno de los partidos concurrentes al acto, a fin de evitar desórdenes y atropellos, y procurar la mayor igualdad en el ejercicio del derecho de los individuos de cada bando”, autos Páez, Miguel A. c/ El Presidente y un miembro de la mesa inscriptora de votos, en la Parroquia de La Piedad., CSJN, 1892, Fallos T. 47, P. 524.

21. CSJN, autos Carranza, Adolfo E. c/ Valdez, Ricardo, 1880, Fallos: T. 22, P. 309.

22. La CSJN sostuvo: “Es conforme al estilo de plaza, el abono del interés igual y recíproco en las cuentas corrientes”, autos Fisco Nacional c/ Cabal Mariano, 1875, Fallos: T. 16, P. 282.

23. Sostiene un autor que: “La concepción de un derecho administrativo (y el público en general) concebido básicamente como una derecho de equidad se desarrolló en Francia a partir de la obra de Maurice Hauriou, cuya aportación doctrinaria permitió configurar las institucionales y principios fundamentales de la materia” (Cassagne, 1988:14, lo agregado entre paréntesis nos pertenece). Asimismo, y en concreto yendo a la obra de los Hariou, padre e hijo, Maurice y André respectivamente, cabe señalar que en la misma (por ejemplo *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, Recueil Sirey, 1933) ambos desarrollan el concepto relativo a que la equidad es la esencia del Derecho, y que este debe procurar que se establezca un trato equitativo en todas las relaciones jurídicas y sociales.

Entre esas incorporaciones al orden constitucional, normativo y jurisprudencial -muchas de ellas siguiendo tendencias internacionales y ciñéndose a los cambios sociales y culturales-²⁴ destinadas a consagrar derechos y mantener a las relaciones jurídicas desde lo legal y hasta desde lo social bajo un "paraguas de igualdad" encontramos, entre muchísimas otras, por ejemplo:

1. Los derechos a favor de los trabajadores consagrados en el artículo 14 bis del texto constitucional, y desarrollados en la ley 20.744.

2. El voto femenino, dispuesto en el año 1947, que permitió a las mujeres ejercer, al igual que los hombres, el derecho al sufragio.

3. Los llamados nuevos derechos incorporados al texto constitucional fruto de la reforma surgida de la Convención Nacional Constituyente del año 1994, entre ellos:

a. El derecho a un medio ambiente sano;²⁵

b. La protección de los derechos e intereses de los consumidores;²⁶

c. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos;²⁷

d. La inclusión de ciertos tratados al ordenamiento constitucional, con esa jerarquía,²⁸ destinados en su mayoría a proteger los derechos humanos y a tutelar a los indefensos.

4. La reciente sanción y promulgación de la ley que establece el denominado matrimonio igualitario, y que permite, consecuentemente, que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio.²⁹

A la luz de lo dicho, se advierte dentro del ámbito teórico que emerge de la legislación construida como consecuencia de un largo y sinuoso desarrollo constitucional, normativo, judicial, y también doctrinario, que se han sembrado las bases para que las relaciones jurídicas puedan desarrollarse en mínimas condiciones de igualdad entre quienes las llevan a cabo y ante la ley y demás normativa que las rige.

1.4. IGUALDAD ANTE LA LEY. DECLAMACIÓN O REALIDAD

Más allá de los esfuerzos judiciales destinados a posibilitar que se pueda ejercer el principio de igualdad ante la ley, es importante abocarse a un análisis pormenorizado con relación a si la igualdad que efectivamente se construyó hacia el futuro fue una formalidad o una realidad, si fue una mera manifestación carente de efectiva protección, o si desde las estructuras de poder se llevaron a cabo medidas efectivas destinadas a que las personas se encuentren en condiciones de equidad, reciprocidad e igualdad entre ellas, ante la ley y frente al Estado.

Y quizá puntualizando en el pasado encontremos alguna respuesta si analizamos que

24. Son muchos los autores que entienden que el derecho debe adaptarse a los cambios sociales y no viceversa. Al respecto, Mairal (1984:XI) señala que: "Los hechos son el cimiento del derecho y es sólo mediante su análisis que no es sino el estudio de a realidad social que se puede llegar a propugnar soluciones que atiendan discriminadamente a las principales alternativas que dicha realidad presenta". En sentido similar se manifiesta Rejtman Farah (2002), quien afirma que "todas las tentativas para hacer al derecho puramente mecánico han terminado en el fracaso. La justicia exige que en lugar de adaptar el caso a la regla, adaptemos la regla al caso".

25. Artículo 41 de la Constitución Nacional.

26. Artículo 42 de la Constitución Nacional.

27. Artículo 43 de la Constitución Nacional.

28. Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

29. Ley 26.618.

en el momento en que el gobierno nacional dispuso en 1881 que se acuñaran monedas de oro con la leyenda "Igualdad ante la Ley" en su canto, parte del material que se fundió para hacer esas monedas fue tomado por las tropas oficiales en la llamada "Campaña al Desierto", oportunidad en la que muchos de los indígenas que resultaron derrotados no pudieron ejercer su derecho a la igualdad, ni tampoco a la defensa, ni fueron sometidos a una ley justa.

Es decir, ya observamos que las monedas que se ordenó acuñar manifestaban una intención del Estado de resguardar el derecho a la igualdad ante la ley. Pero, la realidad nos demostraba que a esas valiosas monedas eran poseídas y conocidas por muy pocas personas, y que esa expresión era tan sólo una formalidad, una abstracción.

Así las cosas, vale preguntarse –de modo genérico– si el principio receptado expresamente en las Constituciones de 1819 y 1826, y repetido con otra redacción en la de 1853, con relación a que los hombres son iguales ante la ley y que esta es una misma para todos, y debe favorecer por igual al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos, es una realidad, o tan sólo una ficción que se desmorona en el mundo real.

II. ¿ES POSIBLE LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES DE CONSUMO?

2.1. EL FUERTE Y EL DÉBIL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

El usuario³⁰ es el sujeto que adquiere un bien o servicio para su disfrute personal o el de su grupo familiar conviviente.³¹

Esto significa que es el usuario quien se vincula con el proveedor a los efectos de contratar un bien o servicio, que puede resultar esencial para su desarrollo personal, laboral, profesional, y hasta para su propia subsistencia.³²

Asimismo, también se considera usuario a aquel sujeto que se encuentra expuesto a una relación de consumo, el denominado "bystander",³³ o a quienes son potenciales usuarios por ser destinatarios de publicidades que contienen ofertas del proveedor (Lorenzetti, 2003:167 y ss.).

Entonces, se considera usuario, desde el punto de vista jurídico, a quien:

1. Celebró una relación de consumo y la misma se encuentra en ejecución;

30. El concepto de usuario, técnicamente, es distinto al de consumidor. El usuario es aquel que usa un servicio renovable, mientras el consumidor es quien consume un bien que se extingue en ese acto. No obstante por cuestiones metodológicas, y siguiendo los principios emergentes de diversas normas, por ejemplo la Ley de protección al consumidor de Honduras, y la Ley de defensa del Consumidor de Argentina, entre muchas otras, utilizaremos en este trabajo indistintamente ambos conceptos.

31. A nivel normativo, en la región latinoamericana, se manifiesta en este sentido, entre otras, la ley 24.440 de Defensa del Consumidor de Argentina, artículo 1ro.

32. El servicio de agua potable es esencial para las personas. La Asamblea de la Organización de Naciones Unidas de en una resolución adoptada con el voto a favor de 122 países, 41 abstenciones, y ninguna opinión desfavorable, consideró que el acceso al agua es un derecho humano, y determinó también que el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista de que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres.

33. Se sostuvo que: "cabe destacar que también encuentra protección el bystander, es decir, el tercero próximo al producto o servicio (art. 3), quien en muchos casos resulta el consumidor material" (Cordobera y Barocelli, 2009:31), y por tanto es digno de consecuente tutela, mas en la especie no se plantea ese punto al haberse acompañado el respectivo ticket, ni tampoco –como dijera– adquiere relevancia si el suceso tuvo lugar dentro del estadio, en el acceso, o en sus intermediaciones ya que en cada caso la responsabilidad de las accionadas se impone. Sobre este último aspecto, cabe resaltar, nuestro máximo Tribunal se ha explayado en los autos citados por el juez de grado in re Mosca, autos Seisdedos, Rodrigo E. C/Asociación del Fútbol Argentino y otros, fallo de la CNACivil, Sala J, del 20 de abril de 2010, <www.eldial.com.ar> del 6 de agosto de 2010.

2. Es un potencial usuario, ya que es el destinatario de la publicidad que efectúan los proveedores con el fin de captar futuros usuarios o mantener la fidelidad de estos (Lorenzetti, 2003:174 y ss.);

3. Se encuentra expuesto a una relación de consumo por recorrer las adyacencias del establecimiento del proveedor,³⁴ o por recorrer sus instalaciones sin haber adquirido ningún producto aún³⁵ o por ser transportado sin tener relación jurídica alguna con quien fabricó al medio de transporte.

Se observa, así, que no sólo es usuario quien adquiere un bien, sino también lo es quien puede serlo, ya que esa es la intención del proveedor al difundirle publicidad, o quien debe estar -por el lugar donde transita- bajo el cuidado del proveedor.³⁶

2.1.1. El usuario es sujeto débil de toda relación de consumo

El usuario es el sujeto débil (Lorenzetti, 2003:13 y ss.) de toda relación jurídica de consumo.³⁷ Esta la que acontece cuando un proveedor le vende un bien o servicio a un usuario, o cuando pretende que este sea su cliente, utilizando para ello técnicas publicitarias y otros ardis comerciales y de marketing.³⁸

Esa presunción de debilidad se origina indudablemente como consecuencia de que estamos, en el marco de las relaciones de consumo, frente a una vinculación que conecta jurídicamente a dos partes con diferente envergadura económica, cognitiva, operativa y hasta probatoria.

La debilidad del usuario, se funda, entre otras razones en su situación de profano³⁹ frente al proveedor, que consecuentemente es el experto de la relación.⁴⁰ Esto amerita que se articulen efectivos mecanismos eficientes que tiendan a minimizar la diferencia de peso específico entre las partes, a limitar esa desigualdad presupuesta.⁴¹

Dadas estas circunstancias, emerge la obligación del legislador de articular un texto

34. Autos Seisdedos, Rodrigo E. C/Asociación del Fútbol Argentino y otros, fallo de la CNACiv, Sala J, del 20 de abril de 2010, www.eldial.com.ar del 6 de agosto de 2010.

35. Autos Pena, Claudio Leonardo c/Supermercados Hipermare SA y otros s/ds. y ps., fallo de la CNACiv, Sala D, 2 de diciembre de 2009, ver www.eldial.com.ar del 6 de agosto de 2010.

36. Autos Pena, Claudio Leonardo c/Supermercados Hipermare SA y otros s/ds. y ps., fallo de la CNACiv, Sala D, 2 de diciembre de 2009, ver www.eldial.com.ar del 6 de agosto de 2010, Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, CSJN, Fallos: 330-563, entre otros.

37. "Las constituciones y las normas no consagran el derecho de los usuarios y consumidores en abstracto y como una mera enunciación teórica, sino que sitúan esa defensa y protección en un contexto fáctico real, dentro de la relación de consumo" (Bersten, 2001:54). El citado autor agrega que: "El art. 42 CN., al enunciar los derechos a que son acreedores los usuarios y consumidores, lo hace presidida por una frase que le da sentido a la protección especial conferida. Y esta es dentro de la relación de consumo. En efecto el régimen tuitivo de la Constitución no se confiere en abstracto, sino que se encuentra siempre referido a una relación de consumo".

38. Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, Fallos: 330-563. 39. Se sostuvo que: "El prestador agrega al servicio un valor que es una competencia específica de su área de conocimiento razón por la cual -en doctrina- se lo considera como el 'experto' en relación a su contraparte, 'profano' en la materia", CNACAF, Sala II, autos Medicus S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Res. DNCI 39/96, fallo del 08/10/96, ver <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar>. En igual sentido, CNACAF, Sala II, autos Diners Club Arg. S.A.C. y de T. c/ Sec. de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI. 165/97, Causa: 10.361/97, fallo del 04/11/1997.

40. Entre muchos otros fallos, autos Diners Club S.A.C. y T. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI. 204/97, Causa N° 21.416/97, sentencia de la CNACAF, Sala V, del 04/03/98, ver <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar>.

41. Se sostuvo que: "El profesional y el profano son dos de los rostros que exhibe la desigualdad y la protección a favor de este último se sustenta en una suerte de 'presunción de ignorancia legítima'", CNACAF, Sala II, Círculo de Inversores S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones - DISP. DNCI. 2167/98, Causa n° 6.638/97, fallo del 05/05/98, ver <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar>.

normativo⁴² –que debe complementarse con un texto reglamentario eficiente y suficiente del órgano administrativo⁴³ y con actuaciones concretas de la autoridad de aplicación en materia de protección a los usuarios–⁴⁴ destinado a que los consumidores y usuarios sean eficientemente tutelados en sus derechos e intereses.

Y, esa necesidad se ha satisfecho, por lo menos en teoría, mediante el dictado de un régimen normativo⁴⁵ que tiende generar mecanismos mínimos de resguardo para el inexperto, el profano, el débil de la relación jurídica, es decir el consumidor,⁴⁶ el que también mereció la consideración especial de distintos constituyentes de la región, quienes incluyeron los derechos de los consumidores en los textos constitucionales.⁴⁷

2.2. RELACIONES DE CONSUMO

Las relaciones de consumo son el ámbito en que se celebran los vínculos contractuales entre los usuarios y los proveedores de bienes y servicios. Es decir, la protección especial que se confiere al usuario no se sucede en abstracto, sino que, por el contrario, dentro de un ámbito específico y determinado (Bernsten, 2001:54). Ello es así en orden a que es dentro de

42. En la Argentina, la Ley de Defensa del Consumidor, la de Lealtad Comercial, la de Defensa de la Competencia, la Ley de Tarjeta de Crédito, la de Sistema de Tiempo Compartido, etc.

43. Léase Poder Ejecutivo nacional, autoridad encargada de promulgar y reglamentar las leyes sancionadas por el Congreso.

44. Establece la Ley de Defensa del Consumidor de la Argentina, en su artículo 41 que: La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones. Agrega la ley mencionada que: "La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el artículo 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley" (artículo 42). Adosa la norma que: "La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, sin perjuicio de las funciones específicas, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley tendrá las siguientes facultades y atribuciones: a) Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes, b) Mantener un registro nacional de asociaciones de consumidores y usuarios, c) Recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores o usuarios, d) Disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley, e) Solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas con relación a la materia de esta ley, f) Disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos. La autoridad de aplicación nacional podrá delegar, de acuerdo con la reglamentación que se dicte en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias las facultades mencionadas en los incisos c), d) y f) de este artículo" (artículo 43).

45. Ley 24.240, sancionada el 22 de septiembre de 1993, y promulgada parcialmente el 15 de octubre de ese año, BO Nro. 27.744.

46. CNACom, Sala A, autos Cosentino, Osvaldo Alberto y Otro C/HSBC Banco Roberts S.A. S/Rectificación de saldo de la cuenta corriente, fallo del 03/12/02, ver ED del 12.5.03.

47. Artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina. La Constitución de la República de Paraguay de 1992, en su artículo 38 establece: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo." Por su parte el artículo 92 de la Constitución Política de la República de Ecuador, del 5 de junio de 1998, establece: "La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos. Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos. El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados."

esa relación en la cual se produce la situación de desequilibrio que impacta negativamente en el sujeto que es el débil jurídico (Lorenzetti, 2003:125), es decir el usuario.

Esa tutela especial que es conferida a favor del usuario se sucede en una relación de consumo, la cual puede ser actual o potencial, ello en atención a que la vinculación jurídica se esté ejecutando, o que el sujeto se encuentre expuesto a la misma.⁴⁸

Fácil es advertir cuando la relación jurídica se encuentra en ejecución, ya que el vínculo se encuentra en su desarrollo y hay una relación de causalidad en los resultados, ya que los mismos se someten a las pautas de un contrato⁴⁹ previamente celebrado.

Pero, quizá más difícil podría ser determinar cuando estamos frente a un usuario expuesto a una relación de consumo, ya que en este caso no se encuentra en ejecución relación contractual alguna.

En el caso del párrafo anterior, la protección al individuo -potencial usuario- es articulada en una etapa pre-contractual, y tiene por finalidad proteger la voluntad, la seguridad y hasta los intereses económicos de quien puede, en un futuro, convertirse en usuario. Esto último como consecuencia de la influencia que el proveedor trata de desplegar sobre él, como también en orden a que, el propio sujeto, se puede encontrar realizando actividades que lo exponen a una relación de consumo, sin que estas le sean vedadas por quien puede convertirse en el futuro como su proveedor.

Así las cosas, podemos señalar que un sujeto se encuentra expuesto a una relación de consumo cuando, por ejemplo: 1. es destinatario de publicidad y de ofertas por parte de un proveedor;⁵⁰ o 2. cuando transita por los alrededores de las instalaciones del proveedor o dentro de estas sin haber perfeccionado contrato alguno aún;⁵¹ o 3. cuando se trasladada en un medio como pasajero en el marco de transporte comercial (el prestador tiene afán de lucro) o benévolo,⁵² y el vehículo causa un daño como consecuencia de un desperfecto.

48. Se sostuvo que: "El consumidor expuesto o bystander, es decir quien se encuentra expuesto a una relación de consumo" (Alterini, 2008:3 y ss.).

49. Tácito o expreso. En materia de servicio de transporte aeronáutico, las pautas contractuales establecen un marco de referencia al que las partes se van a someter, ya que ellas entendieron, legítimamente, que esas determinaciones las van a regir. Por ejemplo, si en el pasaje se establece una hora de partida y otra de arribo, es manifiesto que las partes (principalmente la débil, la usuaria que es la que sólo adhiere a las condiciones que impone el prestador) suponen que el transporte se realizará bajo esas condiciones. Se ha sostenido, al respecto, que: el recurrente la afirma sobre la base de la condición de intermediario entre el cliente y el efectivo prestador de los distintos servicios -empresa aérea, hotel, restaurantes, prestador de excursiones (que deben confirmar la disponibilidad)- que se atribuye, la cual no se compadece con los "tours" -que expresamente se consigna que "incluyen pasajes aéreos, recepciones, traslados y selectos hoteles"- ofrecidos en la publicidad en un diario donde surge la frase "oferta limitada", sin indicar la cantidad que cuenta para cubrirla, cuyo contenido lleva razonablemente a suponer que -cuanto menos- tiene efectuadas las reservas para cumplir lo prometido. Autos "Viajes ATI S.A. c/ Secretaria de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI 170/97", CNACAF, Sala I, fallo del 28/04/98, citar el dial AH1FAF.

50. Se sostuvo que: "la publicidad despliega una virtualidad significativa en el momento contractual, haciendo nacer en su receptor el derecho a obtener lo prometido. Y ella integra el contenido del contrato (Ley 24.240 arts. 7 y 8)", autos T., Alicia Cristina y otro c/Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A. y otro s/sumarísimo, CNCOM, Sala B, Citar: elDial - AA2CB4.

51. La Excma. CSJN, en autos Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, Fallos: 330 - 563, considera que "el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo", aclarando que "la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en la situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes". Así, se dice que "cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos".

52. Es transporte benévolo, aquel que es llevado a cabo por una persona sin afán de lucro, con el fin de trasladar, circunstancialmente y sin ser un medio público de transporte, de un lugar a otro.

En este contexto, se advierte que los usuarios pueden ser actuales o potenciales, y que los potenciales tienen un vínculo contractual real con el proveedor, mientras que los potenciales se encuentran atravesando una relación precontractual.⁵³

Lo antes mencionado, con respecto al vínculo de consumo entre el usuario y el proveedor, ocurre en cualquier tipo de provisión.

Es en este contexto, donde entendemos que el sujeto que se vincula al proveedor es un usuario que se liga en una relación de consumo actual, o que puede hacerlo de modo potencial, por encontrarse expuesto a ella.

Dentro del ámbito de la relación de consumo, o encontrándose expuesto a ella, el usuario es titular de distintos derechos que son de origen constitucional, y también legal, tales como:

1. Derecho a la seguridad: es el derecho que tiene el usuario a ser protegido en el marco de la relación de consumo en su vida, salud y patrimonio. A fines que esto sea efectivo, se le imponen al proveedor una serie de obligaciones que tienen por fin compelerlo a prestar un servicio en condiciones básicas que resguarden la seguridad del usuario. Debe atenderse que la seguridad tiene que garantizar al usuario en un doble sentido, a saber: a) la física, en cuanto se debe proteger la salud física y psíquica del usuario, razón por lo que esta seguridad es el medio que propende a tutelar la vida, la salud y la dignidad del sujeto; b) la patrimonial, ya que el proveedor debe arbitrar las medidas de rigor que protejan los bienes del usuario, los vinculados a la operación que realizan, como también de otros bienes que puedan ser afectados por la relación de consumo.

El derecho a la seguridad es el medio que permite que los usuarios sean debidamente protegidos en sus derechos constitucionales básicos, ya que la seguridad debería tender a resguardar la vida, la salud y el patrimonio de los sujetos.

2. Derecho a la Información: todos los usuarios sin titulares del derecho a la información como mecanismo que resguarde íntegramente su voluntad (Lorenzetti, 2003:167 y ss.),⁵⁴ y hasta su derecho de defensa. Sólo si el usuario conoce de modo integral y absoluto las condiciones alcances y efectos de la relación de consumo podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones del proveedor y, consecuentemente, hacer valer sus derechos.

Todos los proveedores de bienes y servicios deben brindarle al usuario información:

Previa:⁵⁵ de este modo se permite que el usuario acceda a la información antes de vincularse a la relación. Lo que permite que al momento de establecerse el vínculo el usuario ya conozca las condiciones, causas, alcances y efectos del mismo y, consecuentemente, pueda elegir con plena voluntad integrarse a la relación jurídica.

Detallada:⁵⁶ el proveedor debe brindarle al usuario información "desmenuzada", precisa, sobre cada etapa de la relación de consumo. Sólo de esta forma el usuario conoce las obligaciones y derechos del proveedor y las suyas propias, y puede elegir con voluntad y

53. Fallos: 330-563.

54. En igual sentido, entre otros, el siguiente fallo: Autos V., A. H. contra S.P.M. Sistema de Protección Médica S.A. sobre Cumplimiento de contrato, CNCIV, Sala K, 11/02/2010. Ver elDial.com - AA600B, Publicado el 22/06/2010.

55. Entre otros: a) Autos V., A. H. contra S.P.M. Sistema de Protección Médica S.A. sobre Cumplimiento de contrato, CNCIV, Sala K, 11/02/2010. Ver elDial.com-AA600B, Publicado el 22/06/2010; b) Expte. N° 48.941/05 - Ex Lloyds Bank TSB PLC (Banco Patagonia S.A.) c/ DNCI -Disp 958/05 (Exp.S01: 212012/02), CNACAF SALA III 15/04/2010, elDial.com-AA5FE8, Publicado el 22/06/2010

56. Autos Cencosud SA c/DNCI - disp. N° 326/09 (expte. S01: 424715/06), CNACAF SALA II 04/05/2010, ver <www.elDial.com.ar>, del 30/07/2010.

ejercer su defensa en caso que la relación jurídica no se cumpla de acuerdo a lo pactado.

Completa:⁵⁷ se le debe informar al usuario sobre cada etapa de la relación de consumo, sin ninguna limitación. Cuando la información pueda variar en cada etapa contractual –por ejemplo un contrato de tarjeta de crédito en que el usuario abona mes a mes los gastos en los que ha incurrido– la misma debe serle brindada al usuario con antelación al momento en que deba cumplir una obligación, o durante el momento en que se ejecuta el contrato.

Sencilla:⁵⁸ a los fines de que el usuario pueda saber con claridad la información que le es dada, el proveedor debe brindársela de modo sencillo, sin códigos, sin abreviaturas, y sin conceptos técnicos complejos que impidan que el débil jurídico –es decir el usuario– pueda comprender lo que se le está explicando.

Veraz:⁵⁹ es requisito esencial que la información sea veraz, cierta, real. Si no lo es, lógicamente el usuario adoptará una decisión (la de vincularse o no a la relación, la de cumplir o no durante la ejecución del vínculo) viciada en su voluntad, mediando error, ya que no conocerá con precisión y exactitud las condiciones de la relación contractual.

Sólo reuniendo los recaudos antedichos la información que se le brinda al usuario será absoluta⁶⁰ y, consecuentemente, suficiente,⁶¹ ya que se convierte así en un medio que garantiza que el usuario pueda decidir conociendo todas las pautas que gobiernan la relación de consumo.

Asimismo, sólo se garantiza el acceso irrestricto a la información si la misma es puesta a disposición del usuario de modo gratuito. Esto, además, complementariamente permite que el usuario pueda ejercer su derecho de defensa, ya que posibilita que sin cargo conozca las causas de sus derechos y obligaciones y las del proveedor. Así, también se evita el absurdo que puede darse en el supuesto que el acceso a la información sea más costoso que el perjuicio que pueda soportar el usuario como consecuencia de la actividad del proveedor.

3. Derecho a la estabilidad contractual o seguridad jurídica: los usuarios tienen derecho a la seguridad jurídica, razón por la cual la ejecución del contrato, excepto que se sucedan casos de fuerza mayor o imprevisión extrema, debe efectuarse de acuerdo lo que las partes pactaron al inicio, o directamente a lo que en el marco de contratos preimpresos impuso el proveedor como pauta rectora de la relación, cuando esto no importa una cláusula abusiva.

4. Derecho a ser destinatario de trato digno y no discriminatorio: este derecho es de raigambre constitucional, ya que todos los administrados deben ser objeto de trato equitativo y digno. Implica esta cuestión que, los proveedores:

57. Autos Garbarino SA c/ DNCI - Disp. N° 735/08 (Expte. S01: 129614/06), CNACAF SALA II 19/11/2009, ver <www.eldial.com.ar>, del 30/07/2010.

58. Autos Carrefour Argentina S.A. c/ G.C.B.A. s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones, 22/06/2004, citar elDial Citar: eDial.com - BGBCF.

59. Autos CTI PCS S.A. c/DNCI-Disp. 273/07 (Expte. S01:235050/04), CNACAF SALA III 09/06/2010, ver <www.eldial.com.ar> del 19 de agosto de 2010.

60. Se sostuvo que: "La información absoluta significa que, el proveedor, debe informar al usuario sobre todas las condiciones de la relación de consumo, sin restricción alguna, ello a fin de posibilitar que, el usuario, sepa cuales son sus obligaciones principales y accesorias, conforme surge del proyecto de Ley de Defensa del Consumidor, Expediente 7072-D-2006", ver <www1.hcdn.gov.ar>, accedido el 10/09/2010.

61. Autos Asociación Civil de Usuarios c. Bancarios c/Amx Argentina, Cámara Primera de Apelaciones en lo civil y comercial de Mar del Plata (Buenos Aires) SALA I - 22/12/2009, ver <www.eldial.com.ar> del 02/07/2010. Se ha sostenido, también, que la información suficiente implica que el usuario recibe la información necesaria que le permite optar, elegir, incorporarse a la relación de consumo o que le permita determinar si el proveedor no cumplió con sus obligaciones, o ejercer su derecho de defensa en caso que el proveedor violente sus derechos, conforme surge del proyecto de Ley de Defensa del Consumidor, Expediente 7072-D-2006, ver <www1.hcdn.gov.ar>, accedido el 10/09/2010.

- Deben tratar al usuario de modo amable y no vergonzante. No los deben exponer a una situación de humillación frente a terceros. Esto último ocurre, por ejemplo, si el proveedor intima por carta al proveedor para que le salde una deuda y en el exterior de la misma se detalla que el usuario destinatario de la misiva es deudor (Schvartz, 2005), o si se marca la puerta de la casa de los deudores de servicios públicos, o si se impide el acceso a un lugar a la persona con base a su vestimenta o a preconcepciones⁶², o si se humilla a una persona obesa no permitiéndole acceder a un avión, o a otra por su apariencia física no ingresar a un local bailable, etc.

- No pueden brindarles a unos usuarios un trato distinto que a otros. Es decir, no pueden establecerse pautas discriminatorias en el marco de la relación de consumo. Por ejemplo, a) n la medida que adquiera un solo asiento, consideramos discriminatoria la imposición de Ciertas aerolíneas de cobrarle a los obesos el valor equivalente a dos pasajes;⁶³ b) en principio podría considerarse discriminatorio establecer un precio distinto para los extranjeros que para los nacionales, excepto que ello obedezca a que una parte del precio que pagan los segundos sea subsidiado por el Estado.

5. Derecho de defensa: el usuario tiene derecho a hacer valer sus derechos, a ejercer reclamo y también a acudir por sí, o bajo representación de terceros, a sede del proveedor, o administrativa y hasta judicial a los fines de hacer valer sus derechos.

También los usuarios son titulares del derecho a la libertad de opción, a la protección de sus intereses económicos y, tal lo señalamos cuando analizamos el deber de seguridad del proveedor, tienen derecho a ser resguardados en su vida y en su salud física y psíquica.

Surge de todo lo dicho que los usuarios son titulares de distintos derechos frente y ante el proveedor, los cuales son esenciales para que la relación jurídica contractual que los vincula se desarrolle en condiciones éticas y de equidad y armonía.⁶⁴ Todo esto trata de limitar que puedan emerger desigualdades manifiestas que pongan en riesgo la integridad física, psíquica o económica de los consumidores, o hasta la dignidad de estos.

62. Se sostuvo que: "Si bien los hechos ilícitos de los que se da cuenta a fs. 382/389 habilitaban a Entertainment Depot a adoptar medidas de seguridad, cuidado y prevención para evitar el hurto de mercaderías, estos procedimientos deben siempre respetar límites de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional) y no pueden implicar actos discriminatorios que importen deshonras o mortificaciones a los legítimos sentimientos de los clientes". Se agregó que: "Quedó además probado que el INADI catalogó a la conducta de Musimundo de discriminatoria -cuestión que se vio reforzada por las posiciones absueltas en rebeldía por la demandada, y que tal calificación fue consentida por la empresa al no solicitar su revisión o modificación. Merece destacarse, al respecto, que si bien los dictámenes del INADI no son recurribles, nada obsta a que los afectados por ellos formulen impugnaciones y éstas sean tenidas en cuenta para que el organismo, si lo estima procedente, revise su opinión, en ejercicio de la facultad propia de la Administración de reconsiderar su propio accionar para ajustarlo al principio de legalidad previsto en la Constitución Nacional" (Proc. Tesoro Nac., 02.02.2004, "Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo -INADI-", Dictámenes 248:188. Se señaló también que: "Entertainment Depot S.A. no produjo prueba tendiente a acreditar que la conducta de los menores permitiera inferir que fueran a perpetrar un robo, incumpliendo así la carga del art. 377 del cód. proc., a lo que cabe agregar que las actitudes que atribuyó al actor y a su amigo como 'conversar en voz baja', 'tener una mochila' a veces 'en sus espaldas y otras en sus manos' o ponerse 'las manos en los bolsillos' que -repito- no fueron probadas, no justificaban la calificación de su conducta como 'sospechosas', máxime teniendo en cuenta que no se probó que existiera prohibición para ingresar al local con bolsos, mochilas u objetos similares ni posibilidad de dejarlos al ingresar en un depósito, por lo que no puede entonces la demandada reprochar al actor Quintana con esa base argumental". Todo esto en autos Quintana Pablo Gabriel y otro c/Entertainment Depot S.A. s/ Ordinario, CNCOM, SALA E, fallo del 12/03/2008, ver <www.eldial.com> del 27/05/2008.

63. Se señaló que: "Obesos pagarán pasaje doble para viajar en avión: Lo anunció la compañía Air France-Klm y empieza a ponerse en práctica en febrero", ver diario MinutoUno del 20 de enero de 2010, disponible online en: <www.minutouno.com.ar>, accedido el 10/09/2010.

64. "La concepción de un derecho administrativo (y el público en general) concebido básicamente como una derecho de equidad se desarrolló en Francia" (Cassagne, 1988:14, lo agregado entre paréntesis nos pertenece).

2.3. CÓMO SE DEBE ANALIZAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

En el marco de las relaciones de consumo, vínculo jurídico en el cual la disparidad de fuerzas entre las partes que la integran es manifiesta, el análisis con respecto al derecho a la igualdad es muy particular.

No debe procurarse que se establezca en el texto de las normas que rigen las relaciones de consumo iguales condiciones para los usuarios y los proveedores, sino que, por el contrario, se deben plantear escenarios distintos para ambos, ello a los fines de lograr que en el mundo real haya igualdad.

Entonces, en materia de defensa del consumidor, la norma, partiendo de la presunción de que el usuario es el sujeto débil de la relación de consumo, establece distintos principios destinados a su tutela.

En materia de derecho del consumidor, lo que debe valorarse es si la norma favorece que el usuario pueda ser objeto de un trato equitativo y digno frente al proveedor, lo que generaría que se le resguarde su vida, su salud, sus intereses económicos, su derecho de defensa, su libertad de opción.

Es evidente que la norma que protege a los consumidores debe establecer en su texto ciertas pautas desiguales, que tiendan a imponerles obligaciones a unos para que los otros puedan ser objeto de protección en el marco de la relación de consumo.

Es decir, en materia de protección a los consumidores lo que se tiene que perseguir no es una igualdad normativa entre el usuario y el proveedor, sino que es necesario que la norma contenga una significativa desigualdad que permita que la relación se lleve a cabo en condiciones de igualdad, bajo un régimen jurídico que regule al proveedor.

Es por ello que consideramos que en materia de Derecho del Consumidor, lo que se debe valorar son los alcances y el sentido de la regulación normativa, ello a fin de considerar si la misma a través de las imposiciones que le fija a una de las partes (la proveedora) permite que la otra (la usuaria) pueda ser objeto -en el marco de la relación de consumo o cuando se encuentre expuesta a ella- de un trato que efectivamente proteja todos los derechos constitucionales que le corresponden por su carácter de administrada y, lógicamente, de usuaria.

Así las cosas, podemos señalar que en materia de protección al consumidor, el usuario debe ser beneficiario de tutela y protección normativa especial, a fin que la relación jurídica de consumo se lleve a cabo en condiciones de igualdad entre las partes.

Significa lo aludido que el legislador y las autoridades administrativas, de acuerdo a sus competencias, deben dictar ámbitos regulatorios que establezcan las condiciones en las cuáles se va a llevar a cabo la relación de consumo.

Si esto no ocurre, habrá que someterse a los principios emergentes de la Constitución nacional y de la Ley de Defensa del Consumidor, considerándose -en la especie- que toda duda o interpretación contradictoria de la norma o del hecho debe ser efectuada a favor del usuario.

En este contexto, podemos decir que la protección efectiva de los derechos de los consumidores emerge través de una desigualdad normativa, ya que resulta necesario que se impongan cargas al proveedor, las que deben tender a satisfacer los derechos de los usuarios.

Entonces, en materia de Derecho del Consumidor, la verdadera igualdad no es la normativa, sino que, a través de la regulación, se debe propender a la igualdad fáctica, la que sólo se logra si:

- La parte débil, la ignorante legítima, es decir la usuaria, es debidamente protegida por una regulación suficiente y acabada que impida la existencia de contradicciones o de lagunas normativas que obliguen a que el consumidor deba efectuar –en sede administrativa o judicial– los reclamos pertinentes a favor de sus derechos.

- Si a la parte fuerte –la proveedora– se le imponen obligaciones concretas que tengan por norte la efectiva satisfacción de los derechos de los usuarios.

2.3.1. La importancia de la regulación en materia de consumo

La regulación sobre distintas actividades que prestan los proveedores a sus usuarios resulta fundamental para la obtención de una acabada igualdad en el marco de las relaciones de consumo.

Esa regulación debe tender a establecer pautas protectorias concretas e integrales a favor de los usuarios. Por ese motivo, tiene que evitarse interpretaciones amplias y se debe impedir que el proveedor, valiéndose de su superioridad técnica, cognitiva, operativa y económica –frente al usuario– obtenga beneficios incausados o excesivos, tanto a nivel individual como colectivo.

Es por ello que consideramos que la regulación debe propender a que el usuario sea protegido integralmente, evitándose así la imposición de cargas a este, que tiendan a limitar y/o eliminar sus derechos constitucionales.

Cuando se obliga al usuario a hacer valer sus derechos mediante una conducta activa o positiva, como la de efectuar un reclamo, no estamos ante una situación concreta de igualdad, ya que se lo obligaría a iniciar una actividad que le resulta externa, ajena, como lo es la reclamativa.

Y, en este contexto, decimos que la falta de regulación conduce a una inequidad manifiesta entre las partes, ya que la conducta del proveedor puede impactar negativamente en un universo de usuarios, mientras que tan sólo algunos harán valer sus derechos de modo individual.

Así las cosas, la falta de regulación específica –y también la ausencia de medidas preventivas por parte de la autoridad administrativa– redundan en muchas ocasiones en la generación de ilegítimos derechos a favor de los proveedores, que –en virtud de ello– vulneran los derechos de los consumidores.

Lo aludido sería así en orden a que en la realidad son pocos los usuarios afectados que a nivel individual hacen valer sus derechos. Esto obedece a diversos motivos, por ejemplo: a) ignorancia sobre el derecho afectado;⁶⁵ b) imposibilidad económica o social de acceder a la justicia; c) no encontrar un abogado que por el bajo monto de la afectación tome el caso;⁶⁶

65. La justicia ha considerado al usuario como un ignorante legítimo, ya que se encuentra en una posición de manifiesta desigualdad ante el proveedor. En este sentido, entre otros fallos, CNACAF, Sala II, Círculo de Inversores S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones - DISP. DNCI. 2167/98, Causa n° 6.638/97, fallo del 05/05/98, op. cit.

66. Esta idea sobre la nimiedad de la afectación y la imposibilidad o dificultad que ello puede generar para la efectiva defensa de los derechos de los usuarios la encontramos en el fallo del 4 de octubre de 2005 de la Sala C de la CNACOM, autos Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Sumarísimo, ver <www.eldial.com.ar> - AA2E8D, publicado el 27/06/2007.

d) temor a que el proveedor –principalmente de servicios que garantizan derechos básicos como lo es el de medicina prepaga, cuya prestación resguarda el derecho a la vida y a la salud de las personas- tome represalias frente al usuario; e) temor de resultar vencido en la acción judicial y, por ello, tener que soportar las costas del proceso.⁶⁷

Es por ello que los usuarios deben ser protegidos –de modo absoluto– en sus derechos, a través de una normativa regulatoria específica en cada caso de consumo, ello a los efectos de evitar que deban asumir la carga (muchas veces imposible de llevar a cabo) de ejercer administrativa o judicialmente el reclamo por sus derechos.

Así las cosas, consideramos fundamental que la autoridad legislativa, valorando los derechos involucrados en las distintas prestaciones, adopte medidas regulatorias para los diferentes servicios, a los fines de proteger a los usuarios y evitar los excesos del proveedor. Sólo de este modo –con más una eficiente actividad estatal complementaria en materia de ejercicio de función de policía que implique verificar y sancionar– se lograría una aproximación a la igualdad en la relación de consumo de que se trate.

2.3.2. La imposición de cargas a unos proveedores y no a otros puede afectar el derecho a la igualdad

Cuando la normativa libera a ciertos proveedores de la aplicación directa del régimen tuitivo de los consumidores, se lo posicionaría a los eximidos en una situación dispar frente a sus usuarios pero también ante los restantes proveedores.⁶⁸

No obstante, entendemos que la liberación –por parte de ciertos proveedores– del régimen protectorio de los consumidores no puede ser total ni absoluto y sólo podrá serlo excepcionalmente en ciertos aspectos. Por ejemplo, en la disminución de responsabilidad, ello atendiendo a la especial naturaleza del servicio.

Pero, más allá de lo señalado en el párrafo anterior –lo que no compartimos, ya que estimamos que la exención o limitación de responsabilidad genera un "Bill de indemnidad" a favor de ciertos prestadores–, consideramos que son de aplicación directa e inmediata a todo proveedor de bienes o servicios ciertas cargas legales que tienden a favorecer la intangibilidad de los derechos de los usuarios, por ejemplo: a) brindar derecho a la información en las condiciones legales vigentes; b) brindar seguridad a los usuarios;⁶⁹ c) respetar las

67. En la especie vale tener presente, por ejemplo, en materia comercial, que, a la fecha, de las seis Salas que integran la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 4 (la A, la B, la D y la E) se han manifestado a favor de que el beneficio de justicia gratuita consagrado por el artículo 52 de la Ley de Consumidor a favor de los usuarios se reduce al mero hecho del acceso, a no pagar la tasa de justicia, mientras que las dos restantes (la C y la F) asimilan el concepto de justicia gratuita al de beneficio de litigar sin gastos, extremo este que liberaría al usuario de los gastos que puedan derivar del proceso.

68. Podemos decir que, en materia de transporte aerocomercial, el artículo 1ro. del Decreto nro. 565/2008 observa al artículo 32 de la ley 26.361 que dispuso la derogación del artículo 63 de la Ley de Defensa del Consumidor y, consecuentemente, impidió que se aplique de modo directo ese régimen tuitivo al mencionado servicio.

69. La Excm. CSJN, en autos Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, Fallos: 330 - 563, considera que "el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo", aclarando que "la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en la situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes". Así, se dice que "cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos". En materia de transporte se sostuvo que: "Conociendo la zona, y debiendo el chofer transportar a sus pasajeros a destino indemnes, en atención al deber de garantía que le es propio, en tanto presta un servicio que de consumo involucra una obligación de resultado, que no le cabe sólo a la empresa sino a quien bajo su autorización, desenvuelve tal actividad, considero que la sentencia debe confirmarse, respecto a la responsabilidad del codemandado Rolando Raúl Lezcano, toda vez que ha quedado

condiciones de la oferta;⁷⁰ d) resguardar la seguridad jurídica y la buena fe contractual.

Consideramos que, no aplicar de modo directo la Ley de Defensa del Consumidor al caso de una actividad comercial específica genera sin dudas:

- Un régimen de desigualdad entre los distintos proveedores, ya que se le confiere al prestador liberado (por ejemplo, el del servicio de transporte aerocomercial que aplica la Ley de Defensa del Consumidor de modo supletorio⁷¹) un beneficio incausado, del que no gozan otros prestadores de servicios;

- Un régimen que no tiende a proteger al consumidor, ya que ahonda su posición de debilidad frente empresas que prestan servicio;

- Un régimen de desigualdad del usuario del servicio (por ejemplo el aerocomercial), con los usuarios de otros servicios, los cuales son protegidos de modo directo por la Ley de Defensa del Consumidor;

- Un régimen que no protege los derechos constitucionales y legales de los usuarios del servicio excluido de la aplicación directa del régimen tuitivo de los consumidores;

- La limitación del derecho del usuario, por ejemplo en materia aerocomercial, a iniciar un proceso judicial llamado "acción del consumidor"⁷² para ser indemnizado, por pérdida de tiempo y por todo tipo de daño,⁷³ en caso de retrasarse el vuelo en la partida, o en el arribo,⁷⁴ incluido el no poder usufructuar días de vacaciones.⁷⁵

ampliamente demostrado que no hubo culpa de la víctima, y que en tales casos, y a fin de evitar estos accidentes, el sentido común indica que minimamente el chofer del colectivo, no debería permitir el descenso, hasta no tener la posibilidad de que quienes deban bajar lo hagan en la tarima de madera", autos Ovando, Hipólito Daniel c/ Compañía de Transportes La Paz SA s/daños y perjuicios - CNCIV - SALA B - Mayo/2004, Citar: elDial.com - AA2239.

70. Se sostuvo que "La codemandada Furlong S.A. se obligó en los términos de su oferta, ya que publicó anuncios ofreciendo 'seguridad y calidad total para sus vacaciones con la garantía de Aerolíneas Argentinas y los operadores turísticos: Euro Vip's; Thorolf Hillblad, Tiffany y Julia Tours'. Siendo la oferta un acto jurídico unilateral y receptivo que tiene por finalidad la formación de un contrato, obliga a quien la emite, razón por la que el contenido de los anuncios forma parte de la obligación aunque no haya sido reproducido en el contrato singular" (Alterini, 1998:139). Los servicios deben prestarse conforme fueron ofrecidos, publicitados o convenidos (ley 24.240, art. 19), pues la publicidad despliega una virtualidad significativa en el momento contractual, haciendo nacer en su receptor el derecho a obtener lo prometido. Y ella integra el contenido del contrato (ley 24.240, arts. 7 y 8). Ello así, no puede sostener la demandada que nunca prometió al pretensor la efectiva realización del viaje sino sólo su intermediación ante los prestadores de servicios, puesto que conforme a derecho los actores estaban en condiciones de exigir la contraprestación del deudor C.N.Com., Sala B, in re: Bosso Claudia S. y otro c/ Viajes ATI S.A. Empresa de Viajes y Turismo s/ sumario del 30.06.03, Citar: elDial - AA2CB4.

71. Conforme artículo 63 de la Ley 24.240.

72. En los términos del artículo 52 y siguientes de la Ley de Defensa del Consumidor.

73. No obstante lo dicho, no tenemos que olvidarnos que en un caso específico en materia de transporte aerocomercial de cabotaje se solucionó la controversia judicial aplicando la ley 24.240. Ello fue así en autos González, María del Carmen y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ d. y. p res. contractual particulares. La Cámara Civil de Neuquén, Sala III, el 17/06/2008 sostuvo que: "La parte demandada cuestiona que se haya fundado su responsabilidad bajo los lineamientos de la Ley Nacional N° 24.240, cuando, a su entender, existe una norma específica como el Código Aeronáutico. Al respecto diré que las consideraciones introducidas por el apelante no pueden tener andamiento favorable..." (Citar: elDial.com - AA4BC2 - Publicado el 29/10/2008).

74. Causa 10482/2001, Fairstein, Juan Carlos y otro c/ Varig SA s/ daños y perjuicios, CNCIV Y COMFED - SALA II, 10/12/ 2003. Ver <www.eldial.com>. En estos autos se sostuvo que la pérdida de tiempo del usuario implicaba pérdida de vida y, consecuentemente, generaba la obligación de transportista de indemnizar al usuario. También se sostuvo ese criterio en autos Lemkin, Roxana Vanesa y Otro c/ American Airlines S.A s/Incumplimiento de contrato, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 27/04/2010. Ver <www.eldial.com>, Suplemento derecho de Consumidor del 6 de agosto de 2010. En este último caso, la demora se produjo como consecuencia de un desperfecto en la aeronave.

75. Se ha dicho que: "Se estima prudente fijar la indemnización por todo concepto -daño ocasionado por la pérdida de tres días de vacaciones-, y daño moral en la cantidad de pesos veinte mil para cada uno de los coactores de acuerdo

La imposibilidad del usuario en sede judicial de requerir daño punitivo o multa civil,⁷⁶ ya que no podría iniciar acción de consumidor, ello en orden a que el régimen normativo que la crea -ley 24240- se aplica de modo supletorio al servicio no alcanzado por ella (por ejemplo, el de transporte aerocomercial).

Por ejemplo, en materia de servicio de transporte aerocomercial, en el cual la Ley de Defensa del Consumidor se aplica de forma supletoria, consideramos que se debe transitar el camino hacia una efectiva protección de los derechos de los usuarios, determinándose la aplicación directa de la misma.

Es por ello que los usuarios del servicio aerocomercial de cabotaje y de vuelos internacionales, se encuentran actualmente en una situación diferente a la de los usuarios de otros servicios, incluidos los transportes terrestres, ferroviarios, lacustres, marítimos y náuticos, ya que éstos son protegidos directamente por la Ley de Defensa del Consumidor. Los usuarios del servicio aerocomercial se encuentran en una situación de manifiesta inequidad que afronta sus derechos constitucionales.

Así las cosas, entendemos que atenta contra el derecho a la igualdad de los usuarios, excluir de la aplicación directa de la Ley de Defensa del Consumidor a la prestación de un determinado servicio.

Es decir, a fin de una igualdad real en materia de relaciones de consumo, no dudamos que deben incluirse todas las prestaciones bajo la égida directa de la Ley de Defensa del Consumidor, dándole, en caso de corresponder -tal ocurre en materia de servicios públicos- la posibilidad al usuario de optar por acudir a la autoridad de aplicación en la materia específica o de acceder a la autoridad de aplicación en materia de defensa del consumidor.⁷⁷

III. EL CAMINO HACIA UNA EFECTIVA IGUALDAD EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

3.1. LA SITUACIÓN DEL USUARIO

Los usuarios son sujetos que merecen una tutela especial, dada su debilidad natural frente al usuario en el mundo jurídico-social.

Esa situación de indefensión fue presumida por el legislador al momento de sancionar la norma específica destinada a la tutela de los usuarios, y hasta por el constituyente al momento de receptor de forma específica en la Carta Magna los derechos de los usuarios.

Así, se articularon a través de la normativa distintos institutos y principios destinados a la protección de quien se presupone es el débil jurídico en la relación de consumo.

Entre esos principios se encuentran algunos vinculados a la protección de derechos constitucionales, otros de fondo jurídico, y otros de carácter procesal.

Los usuarios gozan de diversos derechos constitucionales básicos que corresponden a los administrados en general, pero que se han especializado para relación de consumo.

a valores expresados a la fecha de este pronunciamiento (Cpr. 165)." Citar: eDial - AA2CB4.

76. En los términos del artículo 52 inciso B de la ley 24.240.

77. El artículo 25 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que: "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley".

Esos derechos esenciales o fines son: a) a la vida; b) a la salud; c) a la dignidad; d) a la no discriminación; e) a la defensa; f) a la libertad de opción; g) a la protección de sus intereses económicos.

Asimismo, a fin de que se puedan ejercer esos derechos básicos, también se han conferido a favor de los usuarios ciertos derechos medios, que posibilitan o permiten que los consumidores puedan ejercer sus derechos fines o que sean custodiados y protegidos por ellos.

Estos derechos medios son el derecho a la información, el derecho a la seguridad y el derecho a la seguridad jurídica. Por ejemplo, el derecho a la información permite que los usuarios puedan conocer las condiciones suficientes y absolutas de una relación de consumo, y así resguardar sus derechos económicos.

Pero, a todo evento, debe considerarse que la creación de principios e institutos no resulta suficiente para la protección de los derechos de los usuarios si ello no se complementa con acciones concretas de los estamentos administrativos del Estado y del órgano judicial.

Entendemos, así, que resulta fundamental que:

1. Las autoridades administrativas:

a. En el marco de sus competencias, en ejercicio del poder de policía dicten actos de carácter reglamentario destinados a prevenir en materia de protección a los usuarios, y que tengan por fin disuadir a los proveedores de cualquier accionar que resulte violatorio de los derechos de los consumidores.

b. En ejercicio de funciones de policía, lleven a cabo actividades de control, verificación y sanción contra los proveedores que violentan los derechos de los consumidores.

2. Las autoridades judiciales dejen de lado antiguos conceptos rigoristas articulados en épocas en las cuales no estaba en plena expansión de la contratación masiva⁷⁸ y, consecuentemente, no reinaba la violación extendida de derechos al colectivo de usuarios. En este sentido, entendemos que es fundamental que los jueces actúen con valor y coraje a fin de adoptar sanciones contra los proveedores y también el Estado, cuando como consecuencia de su accionar irregular, obtienen incausados beneficios y afectan a una colectividad de personas o a la sociedad en su conjunto. Con relación a la relevancia que adquieren las posturas judiciales, ha sostenido, Alberto Bianchi que: "la Corte Suprema es a la vez un Tribunal y un poder del Estado, y como tal a través de sus pronunciamientos, gobierna paralelamente a los restantes poderes. Una sociedad (...) puede ser modelada no sólo a través de las leyes del Congreso sino también por las sentencias de la Corte".⁷⁹ Está claro, entonces, que los jueces deben evaluar cada situación en particular y, frente a la lesión que soporten los usuarios, como consecuencia de actitudes o conductas irregulares de los proveedores, deben adoptar las medidas de rigor en pos de reparar los daños y perjuicios sufridos por los usuarios y/o para de evitar que la lesión se continúe produciendo hacia futuro.

Es en este contexto donde consideramos que la regulación normativa debe ser complementada con concretas medidas llevadas a cabo por parte de las autoridades administrativas y judiciales, que permitan una efectiva y real protección de los derechos de los usuarios.

3.2. LA PERSONA USUARIA DEBE SER EL CENTRO DE LA PROTECCIÓN

78. Criterios muchas veces provenientes de un Código Civil que, elaborado hace alrededor de 140 años, se sustenta en principios basados mayoritariamente en la voluntad de las partes, principio este que ahora, contratos de adhesión o preimpresos mediante, se encuentra reducido.

79. Revista de la Administración Pública, Tomo 144, p. 30.

Desde antaño, en el orden jurídico se trató y consolidó el denominado Derecho Em-sarriario. Este derecho nació a finales del siglo XI en ciudades en las cuales se había de-sarrollado una fuerte actividad comercial, como Venecia, Génova o Bruselas, con el fin de proteger a las corporaciones de mercaderes y a los gremios.⁸⁰ El objeto, era otorgar a través de la normativa ciertas prebendas a esas asociaciones con el fin de permitirles comerciar sin mayores restricciones, y también para liberarse de responsabilidad frente a sus compradores, o adquirentes de los servicios que brindan.

No podemos olvidarnos de que el Derecho Mercantil se consolidó fuertemente a partir del siglo XVII, mediante el dictado de disposiciones⁸¹ que tenían por objetivo consagrar los derechos de los gremios que fabricaban bienes y de corporaciones que las transportaban y comercializaban, como asimismo de las que prestaban servicios –principalmente financieros y bancarios.

El derecho de las empresas, o mercantil, entonces, tiene una finalidad concreta: impulsar a los mercaderes a fabricar y comercializar productos y servicios, incentivo que se lograba limitando la responsabilidad de estos por los efectos dañosos que pudieren surgir de la actividad.⁸² Es por ello que ese derecho centró su protección en una visión institucional que abandonó al sujeto, que prescindió de considerarlo como el eje sobre el cual debe girar la protección de la normativa.

Esta postura absolutamente mercantilizada fue sustentada también durante muchos siglos por la tesitura que consideraba al Estado irresponsable por los daños y perjuicios que su actividad, directa o indirecta, le ocasionaba a los administrados (Gordillo, 1967).

Tampoco podemos dejar de considerar que esa posición materialista también ha sido considerada por las normas y hasta por los jueces, quienes han manifestado que la vida humana no vale *per se*, sino "por lo que produce o puede producir".⁸³

Es decir, desde el pasado la normativa y hasta la jurisprudencia centró su protección en las organizaciones públicas estatales, o no, y en las privadas, considerando al hombre como un mero eslabón que posibilitaba que esas entidades puedan funcionar y cumplir sus finalidades.

Recién bien pasada la mitad del siglo XX, se comenzó a difundir desde lo social –aunque aún no está consolidada– una postura que veía en la protección de los derechos del hombre como individuo el eje central de toda la actividad del Estado.

Quizá siguiendo esa premisa, se modificó lentamente la tesis jurídica administrativa que avalaba la irresponsabilidad del Estado por los daños que producían sus órganos o sus autoridades en el ejercicio de sus funciones. Y por ello se comenzó a difundir y aplicar

80. El Derecho Mercantil como categoría Histórica, ver http://enciclopedia.us.es/index.php/Derecho_mercantil (accedido el 11/09/2010).

81. Entre otras: i) Ordenanza de Burgos de 1495; ii) Ordenanza Francesa del Comercio, promulgada por Luis XIV (1673); iii) Ordenanza Francesa de la Marina (1681); iv) Ordenanza de la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao, promulgada por Felipe V (1737) y confirmada por Fernando VII (1814), El Derecho Mercantil como categoría Histórica; ver http://enciclopedia.us.es/index.php/Derecho_mercantil (accedido el 11/09/2010).

82. Un resabio de esa exención de responsabilidad se observa, claramente, en materia marítima y aérea, en el marco de los Convenios Internacionales que rigen en la especie y que, en desmedro de los derechos de los usuarios, consagran la limitación y responsabilidad de los transportadores (portadores) aéreos o marítimos de personas y/o mercancías. Por ejemplo, el Convenio de Varsovia de 1929 (denominado Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional) establece en su artículo 22 que "En el transporte de personas, la responsabilidad del porteador con relación a cada viajero se limitará a la suma de ciento veinticinco mil francos".

83. CSJN autos Gatica, Susana Mercedes C/Provincia de Buenos Aires, fallo del 22/12/2009, ver elDial.com, Citar: elDial.com – AA5ADD, publicado el 28/01/2010.

judicialmente la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado,⁸⁴ por acto ilícito, por acto lícito, por errores judiciales⁸⁵ y hasta por omisión de servicio o de poder de policía, y, lógicamente, se asentó la de su responsabilidad contractual.

También a partir de las teorías que comenzaron, casi en voz baja, a confluir en que lo que se debía proteger era al hombre, al sujeto, al individuo, por sobre las entidades e instituciones corporativas, nacieron distintas normas que apuntan a proteger, por ejemplo, al medio ambiente como un bien individual pero también colectivo, y a los consumidores.

Es por ello que a partir de las últimas cuatro décadas del siglo XX se comenzaron a receptar en los textos constitucionales los derechos de los consumidores, a dictarse normas tuitivas de ellos y a crearse instituciones destinadas a protegerlos.

Este paradigma de centrar la tutela en el individuo consumidor, y no en las instituciones y organizaciones fabricantes y proveedoras, es el camino esencial y básico a seguir para una efectiva tutela jurídico-social de los consumidores, lo que permite que estos puedan vincularse con los proveedores en un pie de igualdad en las relaciones de consumo.

Debemos resaltar que para llegar a una igualdad real en el marco de las relaciones de consumo, debe centrarse la protección específicamente en el individuo usuario, lo que obliga a que se prescinda de interpretaciones restrictivas y rigurosas que impidan una efectiva protección del usuario.

A fin de lograr una tutela eficaz de los derechos de los usuarios, quizá se torne fundamental limitar las exigencias en cuanto al acceso a sede administrativa y hasta judicial, favoreciendo una especie de informalismo o formalismo moderado que tenga por finalidad permitir un fácil acceso a sede judicial y, consecuentemente, la protección del consumidor.

Así las cosas, consideramos que en el camino a la igualdad en el marco de las relaciones de consumo, la tutela debe centrarse específicamente en el débil jurídico, mediante actuares positivos y concretos de las autoridades públicas.⁸⁶ Para ello, entendemos necesario que:

- Se promueva a nivel estatal la educación al consumidor como un elemento central que tienda a capacitar a las personas sobre sus derechos.
- Se cree una justicia específica en materia de derecho del consumidor, gratuita para el usuario, y en la que se flexibilicen ciertos recaudos para el acceso a la justicia.
- Se adopten efectivas medidas preventivas en pos de la protección de los consumidores, lo que debe incluir una aceitada actividad de policía por parte de la administración estatal, a través de controles, verificaciones y, en caso de corresponder, sanciones.
- Se interpreten ciertas cuestiones procesales con mayor amplitud, ello en pos de una efectiva protección de los usuarios se favorezcan el acceso individual o mediante legitimación colectiva a la justicia.
- La intervención de las autoridades públicas para armar de oficio la jurisdicción en pos

84. CSJN autos Gatica, Susana Mercedes C/Provincia de Buenos Aires, fallo del 22/12/2009, ver eDial.com, Citar: eDial.com - AA5ADD, publicado el 28/01/2010. También fallos de la Excm. CSJN Mosca, Zacarías, y Albinesi, entre muchos otros.

85. La responsabilidad del Estado por error judicial tiene fundamento, en un sentido general, en la concepción misma del estado de derecho, y en un sentido más específicamente constitucional, en la garantía de la igualdad frente a las cargas públicas (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez); Fallos: 321-1712.

86. CNFCA, Sala IV, 23 de febrero de 1999 Unión de Usuarios y Consumidores c/Secretaría e Transporte y Otros, Revista La Ley del 17/09/999, SA, pagina 28.

de proteger los derechos de los usuarios.

- Se establezcan medidas regulatorias que tiendan a impedir que los proveedores obliguen a los usuarios a suscribir contratos atados o conexos que resulten gravosos para los usuarios.

- Se adopten decisiones normativas cuya finalidad esencial sea la de regular la comercialización de bienes o servicios, esencialmente, vinculados con la protección de la vida, salud y dignidad de los usuarios.

- Se reglamenten automáticamente los derechos de los usuarios, a los fines de evitar que las moras administrativas perjudiquen los derechos constitucionales y legales de los consumidores.

- Se adopten las medidas de rigor que permitan que los usuarios sean resarcidos íntegramente por los daños soportados, sin que medien exenciones de responsabilidad a favor de los proveedores.

- Se considere al consumo de bienes y servicios básicos, como un derecho humano.⁸⁷

3.2.1. La educación al consumidor, obligación del Estado y de los proveedores

Los administrados en general son titulares del derecho a la información. Pero la obligación de difundir a los usuarios sobre los aspectos jurídicos de las relaciones de consumo no culmina con una simple información, sino que el proceso debe ser mucho más profundo, y se tiene que sustentar en una acabada educación sobre cuáles son sus derechos.

Educar es algo más profundo que informar. Esto último implica transmitir un dato objetivo. Educar, en cambio, significa enseñar a fin que el usuario pueda analizar y evaluar concienzuda y profundamente los pasos a seguir. La información no contiene un proceso analítico; la educación sí.

En materia de derecho del consumidor, se torna imperioso adoptar medidas destinadas a cumplir con la ley, que establece que es derecho del usuario ser educado⁸⁸, carga que recae sobre los proveedores y las autoridades públicas.

Así las cosas, entendemos que el efectivo camino a la igualdad en las relaciones de consumo se construirá si, entre otras cuestiones, se establece como norte la obligación a las autoridades públicas educativas de establecer programas de enseñanza en materia de los derechos constitucionales y legales de los administrados, como así también si ello se complementa con la imposición efectiva de cargas a los proveedores, para que lleven a cabo jornadas educativas-informativas en materia de derecho del consumidor.

Debe destacarse que sólo de esta manera se limitará en parte la asimetría cognitiva existente entre el proveedor y el consumidor.

3.2.2. En busca de decisiones en materia procesal que favorezcan una mayor protección de los derechos de los usuarios

87. En materia de suministro de agua potable y tratamiento cloacal, eso fue considerado por la Asamblea General de la ONU el 28 de julio de 2010. En esa ocasión se consideró que el acceso al agua potable es un derecho humano básico y urgió a garantizar que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer ese derecho. Fue una resolución adoptada por 122 votos a favor, ninguna en contra y 41 abstenciones. La Asamblea estipuló también que el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista de que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres. Ver <www.un.org>, accedido el 10 de setiembre de 2010.

88. Artículo 42 de la Constitución de la nación Argentina. También artículos 60 y 61 de la Ley 24.140.

La normativa vigente en la Argentina⁸⁹ incluyó ciertos principios procesales que, *lato sensu*, tenderían a proteger a los usuarios, y a favorecerles el acceso a sede judicial.

Pero para que ello efectivamente ocurra con una extensión amplia y acabada, es necesario que los magistrados no reduzcan la interpretación sobre ciertos alcances procesales que han sido consagrados a favor de los usuarios, siendo por ello necesario que los interpreten en un sentido laxo, amplio y no restrictivo, razón por la cual debe ampliarse el sentido tuitivo que emerge de la norma protectoria de los consumidores (Bidart Campos, 2006; Bersten, 2005).

En este contexto, consideramos que con relación a:

- El beneficio de justicia gratuita:⁹⁰ debe estarse al concepto amplio que la considera asimilable al beneficio de litigar sin gastos. De lo contrario, es decir si se considera a esa inclusión normativa como causa solamente del acceso gratuito únicamente, esto sólo implicaría la liberación del pago de la tasa de justicia, lo que iría contra el espíritu de la norma⁹¹ y reduciría los derechos del usuario accionante, ya que debería asumir todos los gastos del proceso en caso de resultar vencido, situación esta que puede disuadirlo de iniciar la demanda en sede judicial. Y si alguien critica la extensión del concepto de justicia gratuita y su asimilación al beneficio de litigar sin gastos bajo el argumento de que en sede laboral este no es automático y que no correspondería poner a los usuarios en una mejor posición que los trabajadores, bien vale señalar que los derechos constitucionales siempre deben ser interpretados en sentido amplio y no restrictivo, motivo por el cual la situación de estos –que en la especie puede ser injusta– no debe impactar negativamente en los consumidores. Por ello, consideramos que para permitir una efectiva protección de los derechos de los usuarios se torna imperioso que estos gocen del derecho al beneficio de litigar sin gastos de modo automático.

- Se considere innecesario el trámite de la mediación previa previsto por la ley 24.573 para las acciones del consumidor iniciadas en ejercicio de legitimación colectiva,⁹² ello a fin de evitar demoras en el acceso a la justicia y posibilitar, así, una pronta protección de los derechos de los consumidores. Debe destacarse que las asociaciones de consumidores no pueden transar derechos, ya que estos no le pertenecen a ellas, sino a cada uno de los usuarios que integran el universo de afectados. Y si, eventualmente, la empresa prestadora admite que le ha violentado el derecho de los usuarios, podrá allanarse en la acción, o en el marco de las audiencias respectivas⁹³ durante el proceso podrá admitir el derecho de los consumidores.

- Se considere innecesario agotar la vía administrativa –cuando se trate del cuestionamiento de actos administrativos que impactan en un universo de usuarios, por ejemplo los que establecen aumento de tarifas con efectos retroactivos–⁹⁴ antes de iniciar un proceso colectivo, ya que esto retrasa el acceso a la justicia de quien ejerce legitimación colectiva, y por ende retarda la efectiva protección de los derechos de los consumidores. Debe destacarse que se admitió, en ciertas ocasiones y cuando el agotamiento de la vía emergía como un

89. Ley 24.240, modificada por ley 26.361, BO 07/04/2008.

90. Artículo 53 último párrafo de la Ley de Defensa del Consumidor.

91. Exposición de motivos de la reforma consagrada por la ley 26.361. En esa oportunidad, el senador Gustiniani se manifestó sobre los alcances del acceso gratuito a la justicia y lo asimilaba al beneficio de litigar sin gastos.

92. Postura de la CNACom, Sala B, autos Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/Ordinario,

93. Por ejemplo, la prevista por el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial.

94. En este contexto, por ejemplo, el Decreto PEN 1957/2006 permitió a una de las empresas que brindan el suministro de energía eléctrica, un aumento de tarifa con efectos retroactivos.

ritualismo inútil, la posibilidad de acceder a la justicia sin agotar previamente la instancia administrativa.

- Se le dé a la acción del consumidor el trámite más abreviado correspondiente a la jurisdicción,⁹⁵ en la nacional el sumarísimo. En este orden de ideas, debe destacarse que si bien la ley faculta por la complejidad del tema a que convierta el proceso en ordinario, esto siempre debe hacerse con singular cautela, y cuando lo complejo sea el fondo del asunto y no la prueba.⁹⁶ La importancia de la tramitación mediante el proceso más abreviado radica en el hecho de que el cese del evento dañoso podrá ser adoptado con más premura, que la reparación de los derechos de los usuarios afectados será en menor plazo, y además permitirá que el juez analice las excepciones que eventualmente interponga el proveedor accionado conjuntamente con el fondo de la cuestión. Así podrá advertir la magnitud de la violación al derecho del usuario (a nivel individual o colectivo) por parte del prestador, y decidirá, fundamentalmente, con base a ello, y no atendiendo a simples rigorismos jurídicos que muchas veces constituyen el objeto de las excepciones que plantean los demandados.

-Reducción del rigorismo conceptual en materia de la Teoría del Caso. Esta es una tesis jurídica que tiene por norte establecer que sólo se puede iniciar una acción judicial cuando existe un caso concreto, determinado, cierto, real y actual, en el cual se pueda identificar a un damnificado preciso. Entonces podría –siguiendo esta tesis– iniciarse una acción judicial si: a) existe un caso concreto, específico, determinable;⁹⁷ b) se configura un daño sobre sujetos determinados;⁹⁸ c) se produce un daño actual o inminente;⁹⁹ e) se afecta, aunque sea a una colectividad de sujetos, un idéntico derecho que puede "subjektivarse", y la acción la inicia cada uno de los afectados.¹⁰⁰

La tesis de la Teoría de Caso tiene efectos restrictivos sobre el acceso a la justicia, y consecuentemente con respecto al derecho de defensa de las personas, lo que parece con-

95. El primer párrafo del artículo 53 de la ley 24.240 establece que: "En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado".

96. Autos Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN DTO 1956- (Resol. ENRE 50/07 Edesur) y otro s/ Proceso de conocimiento, 12 de agosto de 2010.

97. Esta posición ha sido seguida en autos Unión de Usuarios y Consumidores c/Aguas Argentinas s/Cautelar Autónoma o auto-satisfactiva, en la cual, la Justicia Federal Civil y Comercial, el 13 de setiembre de 2004, consideró que la actora no estaba legitimada para solicitar judicialmente que la demandada corte el servicio de provisión de agua potable a los morosos, en cuanto no determinaba un caso concreto.

98. Esa opinión, entre otros, fue seguida en autos Unión de Usuarios y Consumidores c/Telefónica de Argentina S.A. s/ Sumarísimo, Expediente Nro. 10514/2007, el Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 6, Secretaría 11, Resolución, Reg. Nro. 422, de fecha 17 de octubre de 2007.

99. Esta posición ha sido seguida en autos Unión de Usuarios y Consumidores c/Aguas Argentinas s/Cautelar Autónoma o Auto-satisfactiva, en la cual, la Justicia Federal Civil y Comercial, el 13 de setiembre de 2004, sostuvo que "Más allá de lo dicho, siendo el objeto de lo pretendido impedir el corte del servicio público a los deudores y/o morosos en el pago de las facturaciones, cada uno de los afectados por esta situación tienen un derecho subjetivo, individual y exclusivo y, por lo tanto, poseen legitimación para reclamar el cese del daño actual o inminente que puedan padecer. En efecto, no se está en presencia de un derecho de incidencia colectiva con el alcance que le otorga el artículo 43 de la Constitución Nacional para legitimar a la actora (Conf.. CNFed. Sala Civ, y Com. N 1, causa 539/99 del 16/03/2000). Es que cuando no se afectan intereses comunitarios o generales sino un derecho subjetivo, que el damnificado se encuentra en condiciones de reclamar judicialmente".

100. Esta posición ha sido seguida en autos Unión de Usuarios y Consumidores c/Aguas Argentinas s/Cautelar Autónoma o Auto-satisfactiva. En ese caso se sostuvo que: "las asociaciones de consumidores no pueden invocar la legitimación del artículo 43 CN para interponer las acciones que su titular exclusivo no utiliza (Conf.. doct. CNCivil, Sala B "in re" "Ombudman de la Ciudad de Bs. As c/Municipalidad d Bs. As." del 4/5/95; J.A., 1995-IV-33). También del juego armónico de los artículos 52, 55 y 56 inciso e) de la ley 24.240 se desprende que en caso de lesión directa a un derecho subjetivo, la legitimación para reclamar corresponde a su titular, es decir, al consumidor o usuario (CNFed, Sala cit. "in re", "Centro de Educación al Consumidor c/Cober Med. SA y otro", del 27/5/04; Rev. L.L. del 25/8/04)".

tradecirse con las nuevas tendencias del derecho, que, por lo menos en teoría, fomentan la participación ciudadana, el acceso irrestricto a la justicia, la intervención judicial de oficio en caso de inconstitucionalidad manifiesta. Esta tesis quizá sea acertada en sede penal, donde la teoría del caso puede resultar suficiente y satisfactoria para garantizar derechos constitucionales de los imputados, y por eso, cada acción necesita un sujeto parte que sea determinado, ya que si no existe ese sujeto mal se puede imputar una sanción de esa naturaleza.¹⁰¹ Pero, por ejemplo en lo atinente a los derechos políticos, de consumo y de tutela del medioambiente, el daño que se ocasiona puede ser difuso, o futuro o nimio. Por eso, la Teoría del Caso no encontraría sustento en estos supuestos, ya que admitirla implica, claramente, restringir el acceso a la justicia, o permitir que continúe vigente un régimen de ilegitimidad, por el simple hecho que no lo cuestionó un afectado real.

La tesis de la Teoría del Caso se contrapone con la prevención que debe gobernar en materia de defensa del consumidor. La prevención es una conducta que tiene por norte impedir la ocurrencia de hechos dañosos que afectan derechos constitucionales. Si se consideró, judicialmente, que el prestador de servicios riesgosos debe adoptar medidas destinadas a prevenir cualquier siniestro, es evidente que, siguiendo este criterio, los jueces deben admitir la procedencia de acciones judiciales destinadas a impedir la ocurrencia futura de hechos dañosos, o cuando el planteo no se efectúa sobre un caso concreto, aunque exista, claramente, una violación al derecho.¹⁰²

Todas estas cuestiones apuntan esencialmente a una mayor protección procesal del usuario y conducen al imperio de un régimen de igualdad en las relaciones de consumo, ya que si los usuarios pueden acceder a sede judicial sin que esto le implique irrogación alguna y obtienen una resolución con mayor celeridad, los proveedores no actuarán con tanto "desparpajo" en abierta vulneración a los derechos de los usuarios.

Las ideas construidas precedentemente apuntan a la búsqueda de una igualdad en las relaciones de consumo basada en la prevención y en la disuasión del proveedor, ya que este sabrá que será objeto de demanda y de pronta sanción en los casos en que violente los derechos de los usuarios.

Asimismo, creemos que los tribunales deben admitir de modo irrestricto la legitimación colectiva de las asociaciones que protegen a los consumidores, y también de las autoridades estatales autorizadas para ello. Tal lo señalamos anteriormente, en muchas ocasiones la única forma de poder reparar el derecho de cada consumidor dentro de un universo de afectados es la acción colectiva, que tiene por finalidad contrarrestar la afectación masiva¹⁰³ que cada

101. Causa 5627, autos Fiscales ante el Tribunal de Casación solicitan convocatoria a Acuerdo Plenario, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en pleno 30/11/2006. Se dijo que: "No es posible fijar judicialmente en abstracto un término para el plazo máximo razonable de duración de la prisión preventiva, siendo de incumbencia de los jueces su determinación en cada caso particular". Citar: eIDial - AA3A08.

102. La CSJN se apartó de la Teoría del Caso en la Causa U. N° 30, L. XLII, autos Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud S.A. s/ amparo (eIDial - AA4750). En ese caso, en el cual planteó la actora la ilegalidad del periodo de carencias que fijaba la demandada sobre atenciones medicas que efectúa en el marco del Programa Medico Obligatorio, la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo suyo el dictamen de la Sra. Fiscal, sostuvo que: "En cuanto al agravio relativo a la abstracción de la demanda, en el sentido que no invoca un daño o un damnificado concreto, omite hacerse cargo de los argumentos del a-quo en orden a que la doctrina de V.E. ha establecido que el examen de razonabilidad de las leyes en punto a su constitucionalidad no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las disposiciones en ellas contenidas y no sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación ya que ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (doctrina de Fallos 311:1565 y sus citas y, asimismo, 324:754, votos de los Dres. Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi, que remiten al dictamen de esta Procuración General)".

103. Podríamos decir que frente a la afectación de masas, se debe contraponer la defensa de esas masas.

vez más llevan a cabo los proveedores, ya que es indudable que muchas veces a partir de un mismo acto de un proveedor se afecta a un universo de usuarios en una misma tipología de derechos.¹⁰⁴

3.2.3. Necesidad de una justicia específica en materia de derecho del consumidor

La especificidad del derecho del consumidor, tanto nivel jurídico como social, ya que los usuarios se encuentran muchas veces compelidos por cuestiones sociales o económicas o físicas a adquirir bienes y servicios, requeriría que se estructure un fuero especial para tratar estos temas. Un fuero independiente que tramite este tipo de acciones, al cual el acceso sea gratuito y sin tantas exigencias y formalidades como existen en los tribunales, impulsará los reclamos de los usuarios y, se convertiría en un eficaz mecanismo que disuadirá a los proveedores en lo que atañe a la violación de derechos de los consumidores.

3.2.4. La intervención de las autoridades públicas para armar de oficio la jurisdicción en pos de proteger los derechos de los usuarios

Consideramos esencial que las autoridades públicas administrativas intervengan de oficio a los fines de adoptar medidas sancionatorias contra los proveedores que vulneran los derechos de los usuarios, a nivel colectivo, pero también cuando lo detectan en un caso particular a nivel individual. Se justifica lo aludido en el hecho de que los principios que tutelen a los consumidores son de orden público¹⁰⁵ y que aún mediando acuerdo de estos, los mismos no podrían demeritarse.

También consideramos que el Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones legales,¹⁰⁶ debería intervenir de oficio e iniciar un proceso judicial del consumidor cuando advierta que se violentan los derechos de los usuarios.

Pero, más allá de lo señalado, que está previsto en la normativa vigente aunque no ha sido muy receptado por las autoridades, principalmente por el Ministerio Público, pues este inició de oficio en pocas ocasiones acciones judiciales destinadas a proteger a los consumidores¹⁰⁷, consideramos que en la misma medida que los jueces pueden decretar la inconstitucionalidad de la ley de oficio,¹⁰⁸ también debería contemplarse –normativamente– la excepcional posibilidad que abran de oficio la jurisdicción frente a notorias, manifiestas, concretas y palmarias lesiones a los derechos básicos de los usuarios (vida, salud, dignidad) por parte de los proveedores o del propio Estado y que luego de ello le den intervención al Ministerio Público, a fin que prosiga la actuación.

IV. ÚLTIMAS PALABRAS

La adopción de medidas concretas a nivel legislativo y ejecutivo, y una mayor decisión de los jueces en pos de proteger los derechos de los usuarios, debe impulsar hacia el futuro un

104. CSJN, autos Halabi, Fallos: 332-111. Anteriormente, en el año 2006 la minoría conformada por los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni, que luego se convirtió en mayoría en Halabi, siguió ese criterio en autos Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro - filial Córdoba- c/ E.N. s/ amparo, Fallos: 329-4593.

105. Artículo 65 de la Ley de Defensa del Consumidor.

106. Artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor.

107. En este sentido, pero no a través del Ministerio Público, sino de otra autoridad se advierte el inicio de la siguiente acción: Expte. N° 31104/9, Defensora de Pobres y Ausentes N° 2 c/ Dirección Provincial de Energía de Corrientes y Estado de la provincia de Corrientes s/amparo, STJ de Corrientes, fallo del 20/03/2009. Citar Eldial.com AA50CB.

108. Después de muchos años sin seguirse esta tesis, que fue construida primariamente en el caso Vicente Casares e hijo v. Sivori y Schiaffino en 1872 (Fallos: 11-257), la mayoría de la Excm. CSJN la retomó en 2001 en autos Mill de Pereyra, Rita Aurora C/Provincia de Corrientes, Fallos: 324-3219.

paradigma tuitivo basado en una efectiva y real igualdad entre los usuarios y los proveedores.

La protección real de los usuarios no debe ser una mera ficción, sino que tiene que convertirse en una realidad concreta, ello en orden a que se debe entender que el consumidor se vincula en la relación jurídica para satisfacer en muchas ocasiones necesidades básicas, o por imperio estatal, ya que en ocasiones son las autoridades públicas las que conminan a las personas a celebrar una determinada relación de consumo.¹⁰⁹

La protección real a la que nos referimos debe articularse, esencialmente, bajo el sostén de considerar que: a) las relaciones de consumo básico sean consideradas un derecho humano; b) el Derecho del Consumidor es una ramificación directa e inmediata derivada del Derecho Constitucional; c) la necesidad de regular los servicios esenciales para la vida y salud humana –por ejemplo el de medicina prepaga–; d) considerar al usuario como un administrado que posee todos los derechos de este, en el marco de la relación especial en que se encuentra, como lo es la de consumo; e) impedir o limitar –a través de la legislación– que los proveedores puedan compeler a los usuarios a contratar bienes y/o servicios conexos, como condición para que puedan adquirir lo que desean; f) la autonomía de la voluntad contractual en materia de consumo ha quedado reducida, ello en orden a que en muchas ocasiones los proveedores imponen las condiciones contractuales a los usuarios a través de los contratos preimpresos que son de alcance masivo,¹¹⁰ razón por la cual a fin de evitar abusos del proveedor deben establecerse concretos límites regulatorios a su actuación.

Es en este contexto donde entendemos que la búsqueda de la igualdad en materia de relaciones de consumo podrá obtenerse si el Estado asume un rol activo y concreto en pos de regular y cumplir con las pautas antes descriptas, las que deben conducir a un nuevo paradigma en materia de derecho de los consumo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alterini, A. (2008): "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, veinte años después", en Suplemento Especial: Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, Roberto Vázquez Ferreyra (dir.), Buenos Aires, La Ley, abril.

Bersten, H. L. (2001): "Facultades de los entes para resolver conflictos", Suplemento de Derecho Administrativo, de Jurisprudencia Argentina de Lexis Nexis, Suplemento del fascículo Nro. 10, 5 de diciembre.

– (2005): "Derecho Procesal del Consumidor", Buenos Aires, La Ley, setiembre.

Kelsen, H. (1993): "Capítulo II, El Derecho: Un Orden Coercitivo", en Teoría Pura del Derecho, México, Porrúa.

Bidart Campos, G. J. (1989): Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar.

Bidart Campos, G. J. (1989): Tratado Elemental de Derecho constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 2006.

Cassagne, J. C. (1988): Los principios generales del Derecho en el Derecho Adminis-

109. El caso de las denominadas cuentas sueldo, atendiendo a que por imperio de la ley 26.590, se obliga a los trabajadores a abrir una cuenta en la cual se le pagarán sus haberes. Lo mismo ocurre en materia de seguros, ya que las autoridades estatales establecieron que el seguro contra terceros es obligatorio para todos aquellos que tienen un vehículo.

110. Vale considerar al respecto que en la Argentina hay más de 50 millones de líneas de telefonía celular, de las cuales más del 70% están activas.

trativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Gordillo, A. (1967): "Contratos Administrativos", en Derecho Administrativo de la Economía, Buenos Aires, Macchi.

Lorenzetti, R. (2003): Consumidores, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Mairal, H. A. (1984): Control Judicial de la Administración Pública, Buenos Aires, De-palma.

Rejtman Farah, M. (2002): Emergencia: Conforme las circunstancias, La Ley 2002-D, 306.

Schvartz, L. (2005): "El trato digno y equitativo al consumidor. Algunas reflexiones", en El Dial, Suplemento de Derecho del Consumidor, 3 de junio.



María Belén Aliciardi

Las nuevas acciones de clase de
consumidores y usuarios. Fallo Halabi y
ley 26.361

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. Premio

Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361*

María Belén Aliciardi**

I. PLANTEO DEL TEMA

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha tenido dos hitos trascendentales en la vida del mismo, dando respuestas a reclamos que legislativamente no estaban acogidos: uno fue cuando consagró el amparo en 1957 en la causa "Siri Ángel S."¹ y en 1958, en los autos "Kot Samuel SRL";² y otro fue el 24 de febrero del 2009, al fijar los caracteres y requisitos de procedencia de las acciones de clase o procesos de clase –como prefiere definirlos García Pullés³ que tienen por objeto la protección de derechos individuales homogéneos, a los que califica de análogas características y efectos a la *class action* del derecho norteamericano, en la causa "Halabi, Ernesto c. PEN –ley 25.873– Dto. 1563/04 s. Amparo", ya que las acciones colectivas contempladas en el art. 43 segundo párrafo de la CN no se encuentran aún reglamentadas (Bonfanti, 2004),⁴ pero tienen naturaleza operativa.⁵

* Trabajo ganador del 3er Premio Formación Judicial 2010, en el eje "Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas".

** El seudónimo utilizado fue "Favor Consumatore".

1. Fallos, 239:459. En este caso el promotor de la acción, dueño del diario *Mercedes*, explicaba que su diario se encontraba clausurado con custodia en el lugar, vulnerando el derecho de libertad de imprenta y de trabajo de los artículos 14, 17 y 18, y los correlativos de la Constitución provincial. Su suerte fue pobre en primer y segunda instancia, en donde se le denegó su pretensión, por lo que Ángel Siri debió ocurrir ante la Corte por vía del recurso extraordinario. El dictamen del procurador sostenía que la acción de habeas corpus no alcanzaba a cubrir la protección de derechos diferentes de la libertad física. La Corte por mayoría (con disidencia del ministro Carlos Herrera) expresa lo que resulta ser el núcleo central de la acción de amparo, la que se puede verificar en el suintuoso sumario que pertenece a Segundo V. Linares Quintana y que obra como cita inicial del presente trabajo. De todas maneras vale la pena recordar la sentencia cuando dice: "La comprobación inmediata de que una libertad constitucional se halla evidentemente restringida, sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique, es suficiente para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por el Poder Judicial en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que reglamente dicha garantía" (para profundizar ver Linares Quintana, 1960:73-77).

2. Fallos, 241:291; LL, 92:632. Samuel Kot SRL era propietaria de un establecimiento textil en la provincia de Buenos Aires, y mantenía un conflicto con sus obreros. Cuando la delegación regional declaró ilegal la huelga la empresa dispuso la concurrencia al trabajo. Luego la misma delegación revocó la declaración de ilegalidad, e impuso a ambas partes a reanudar el trabajo. La empresa se rehusó a reincorporar a los obreros despedidos, lo que hizo que los otros más otros compañeros ocuparan la fábrica, paralizando su actividad. En consecuencia, la empresa hace una denuncia por usurpación, que es rechazada en primera y segunda instancia. Pero el mismo día de la sentencia de la Cámara de apelaciones en lo penal de La Plata, antes de la sentencia penal, la empresa deduce amparo. La Cámara rechaza también el amparo. La sentencia es recurrida por recurso extraordinario, el que es concedido y da lugar a la sentencia del 5 de septiembre de 1958. La Corte en mayoría (con disidencia de jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte) consolida en esta sentencia los perfiles de la acción de amparo cuando dice "Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo" (para profundizar, ver Linares Quintana, 1960:73-77).

3. Por entender que viene así exigido por el principio de la unidad de acción propia de nuestro sistema jurisdiccional y la necesidad de asociar la terminología a los contenidos significados (García Pullés, 2002:79 y ss.).

4. Afirma este autor que las *class actions* no son precisas ni pueden serlo; son derecho adjetivo, requiriendo un marco judicial sustentable por el cual la masividad de los litigantes se vea no sólo como necesaria, sino también como suficiente.

5. En el fallo Halabi, la Corte ha despejado toda duda acerca de que el art. 43 segundo párrafo de la CN es una cláusula operativa. También ha dicho que el vacío legal de una regulación efectiva para las denominadas acciones de clase no debe impedir a los jueces encontrar un carril procesal apto para darle curso a las acciones colectivas cuando se encuentren en juego los derechos de incidencia colectiva que resguarda la carta magna (cualquier forma de discriminación, derecho a un medio ambiente sano, a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores, entre

La causa "Halabi" se inició por la demanda (amparo) de un particular (Dr. Ernesto Halabi) que pidió que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1^o y 2^o de la ley 25.873,⁸ también conocida como "Ley espía", y de su decreto reglamentario 1563/04,⁹ porque consideró que, al disponer la intervención de las comunicaciones telefónicas y de internet por diez años, sin determinar en qué casos y con qué justificativos, violan el derecho a la privacidad y a la intimidad establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional Nacional, en su condición de consumidor o usuario de telecomunicaciones, y el derecho a la confidencialidad, en su condición de abogado, ya que pone en serio riesgo el "secreto profesional" que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6^o inc. f,¹⁰ 7^o, inc. c,¹¹ y 21, inc. j,¹² de la ley 23.187 de Ejercicio de la Profesión de Abogado de la CABA¹³ y artículos 10, incisos h) e i);¹⁴ 19, inciso i)¹⁵ y concordantes del Código de Ética de Abogados de la CABA.¹⁶

El fallo Halabi sentó un precedente clave al crear la llamada acción de clase, que permite que una sentencia tenga efectos *erga omnes* (generales) para todos los ciudadanos que padecen el mismo problema, sin que estos tengan que iniciar en forma individual un juicio reclamando por el derecho que estiman vulnerado, con lo que se evitaba la multiplicidad de juicios, al confirmar la sentencia de segunda instancia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, de fecha 29 de noviembre de 2005, que había confirmado el fallo de Primera instancia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, declarado la inconstitucionalidad de lo solicitado por el actor.

otras). Ya que es obligación de los jueces darle eficacia cuando se afecta un derecho fundamental.

6. Art. 1: Incorpórase el artículo 45 bis a la ley 19.798 con el siguiente texto: Todo prestador de servicios de telecomunicaciones deberá disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán soportar los costos derivados de dicha obligación y dar inmediato cumplimiento a la misma a toda hora y todos los días del año. El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las condiciones técnicas y de seguridad que deberán cumplir los prestadores de servicios de telecomunicaciones con relación a la captación y derivación de las comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público.

7. Art. 2: Incorpórase el artículo 45 ter a la ley 19.798 con el siguiente texto: Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información referida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años.

8. Sancionada: 17/12/2003. Promulgada de Hecho: 6/02/2004. Boletín Oficial N° 30.335, 9/02/2004.

9. Dictado el 8 de noviembre de 2004.

10. Art. 6. Son deberes específicos de los abogados, sin perjuicio de otros que se señalen en leyes especiales, los siguientes: Et f) observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado.

11. Art. 7. Son derechos específicos de los abogados, sin perjuicio de los acordados por otras disposiciones legales, los siguientes: c) guardar el secreto profesional;

12. Art. 21. Para el cumplimiento de sus finalidades, ajustará su funcionamiento a las siguientes funciones, deberes y facultades: (...) j) Tutelará la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes, estando investido a esos efectos de legitimación procesal para ejercitar la acción pública.

13. Sancionada: 5/06/1985; promulgada: 25/06/1985; B.O., 28/06/1985.

14. Art. 10: Son deberes inherentes al ejercicio de la abogacía: h) El abogado debe respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad al relevamiento del secreto profesional, negándose a responder las preguntas que lo expongan a violarlo. Sólo queda exceptuado: a) Cuando el cliente así lo autorice; b) Si se tratare de su propia defensa. i) El abogado debe defender el derecho a la inviolabilidad del estudio y de los documentos que le hubiesen sido confiados.

15. Art. 19: Deber de Fidelidad: El abogado observará los siguientes deberes: i) En causa penal o en actuaciones que puedan lesionar derechos y garantías constitucionales del cliente, el abogado velará por la preservación de los mismos, denunciando ante la autoridad competente y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, toda afectación a dichos derechos y garantías, particularmente, si ponen en riesgo la vida, la dignidad personal, la libertad individual o la integridad física y psíquica del cliente.

16. B.O. 27 de mayo de 1987.

Las acciones de clase entabladas han generado importantes debates y conflictos relacionados con las siguientes cuestiones 1. quién o quiénes son los legitimados para interponerlas; 2. cuáles son los requisitos para interponerlas; 3. qué tipo de reclamos pueden plantearse mediante este tipo de acción; 4. cuáles son los alcances de la sentencia; 5. cómo se producen los efectos de la cosa juzgada con respecto a quienes no participaron del proceso; 6. de qué forma se protege el derecho de defensa en juicio de aquellos cuyos intereses podrían verse afectados y no participan de la acción; 7. cuál es el papel del juez en estas acciones; 8. cuáles son los beneficios y contras de estas acciones; 9. qué experiencia hay en derecho comparado, y en nuestro país, entre otras.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha esbozado algunas tímidas respuestas a las preguntas formuladas supra, en pronunciamientos anteriores¹⁷ a Halabi, recién en este último se ha abordado el tema de las acciones de clase con mayor profundidad, estableciendo los requisitos que a partir de ahora deberían cumplirse para entablar este tipo de acciones, al menos hasta que sea sancionada una ley que las regule.

En el presente trabajo, abordaremos dichas preguntas a la luz del fallo Halabi y de los nuevos artículos 52,¹⁸ 54¹⁹ y 55²⁰ incorporados por la ley 26.361²¹ a la ley de defensa del consumidor 24.240,²² a los fines de elaborar un proyecto de ley que las regule de manera general.

17. Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires C/ Secretaria de Comunicaciones-Resolución 2926/99 s/ Amparo-ley 16.989 CSJN 31/10/2006, Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional (ministerio de Economía y Producción) s/ amparo CSJN 28/05/2008, Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional S/ acción de amparo CSJN 26/08/2003, Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires Provincia y otro CSJN 22/04/1997

18. Art. 52: Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

19. Art. 54: Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

20. Art. 55: Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley. Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

21. B.O. 7/4/2008. Ver Pérez Bustamante (2008:120), quien la considera una norma para celebrar.

22. Sancionada: 22/09/1993. Promulgada Parcialmente: 13/09/1993.

1.1. QUIÉN O QUIÉNES SON LOS LEGITIMADOS PARA INTERPONERLAS

La cuestión de la legitimación activa para interponer este tipo de acciones fue abordada por la CSJN a partir de una clara delimitación y explicación de tres categorías de derechos y de allí sus tres tipos de acciones respectivamente:

1.1.1. Derechos Individuales

Estos encuentran cabida con la tradicional acción de amparo. No hay dudas de que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son aquellos que afectan con exclusividad a su titular, son divisibles y en consecuencia claramente separables del resto de la comunidad. En tal caso, el único legitimado para ejercerlos es su *titular* (Considerando 10 de Halabi).

1.1.2. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos

Los bienes colectivos son aquellos que están en cabeza de toda la comunidad, no a un grupo determinado o indeterminado de personas, y no resultan bajo ningún punto de vista divisibles (por ejemplo, el ambiente, la privacidad y la intimidad) y son bienes que pertenecen a la esfera social. Por la importancia que revisten tales bienes, el art. 43 de la CN otorga una legitimación extraordinaria y autoriza su protección a: 1) el afectado; 2) el Defensor del Pueblo; y 3) las asociaciones que tengan por objeto proteger tales bienes y se encuentren registradas conforme a la ley (Considerando 11 tercer párrafo de Halabi). La Corte exige como requisito para otorgar legitimación que la pretensión se focalice exclusivamente en proteger el bien colectivo, despojada de cualquier pretensión tendiente a reparar el daño patrimonial causado a los particulares, la que en todo caso deberá ser articulada, y su daño probado, por el particular. Por tratarse de un bien colectivo, la eventual sentencia en este tipo de casos tendrá también alcances colectivos por lo que producirá efecto *erga omnes*.

1.1.3. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto a intereses individuales homogéneos

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos encuentran sustento en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional. Aquí, no hay un bien colectivo afectado; la afectación ocurre sobre derechos o bienes individuales enteramente divisibles como consecuencia de un único hecho que afecta de manera continua a diversos grupos de personas o clase que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada sobre el grupo o la clase que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (considerando 12 del fallo Halabi), el que entiendo debe ser alegado y probado por el afectado en forma individual (art. 33 LGA). Por eso, el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.

1.2. QUÉ REQUISITOS DEBEN EXISTIR PARA QUE SE INTERPONGAN ESTAS ACCIONES

El fallo Halabi brinda, en el considerando 20, algunos lineamientos y recaudos que la Corte considera elementales para la viabilidad de este tipo de acciones. Veamos:

- Debe identificarse de manera precisa *el grupo o colectivo afectado*.
- Quien pretenda asumir la representación deberá acreditar su *idoneidad y la existencia* de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derechos que sean comunes y homogéneos a todo el colectivo.

- Es necesario la existencia de un *hecho único o complejo que causa una lesión* a una pluralidad relevante de derechos individuales. Si bien la Corte no brinda precisiones sobre la cantidad de afectados necesarios, al hablar de "pluralidad relevante" se aprecia que el número de afectados debe tener una entidad importante, pues de otro modo la acción colectiva no tendría justificación.

- *retención procesal "colectiva"*: Al igual que en la protección de los bienes colectivos, la pretensión procesal debe estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho o sea que debe estar concentrada en los *efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar (considerando 13) en forma singular (daños individuales)*.²³ Como ya mencioné pareciera desprenderse del fallo que el daño o la afectación debe ser reclamado individualmente por cada uno de los afectados, sin perjuicio de aprovecharse de la sentencia colectiva que haya resuelto su derecho a la reparación patrimonial.

- *Ejercicio individual no justificado*: es necesario también, que el *interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda individual*. La constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual también procede cuando, pese a tratarse de intereses individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o las particulares características de los sectores afectados. (sujetos discriminados, consumidores, etc.).

1.3. QUÉ TIPO DE RECLAMOS PUEDEN PLANTEARSE MEDIANTE ESTE TIPO DE ACCIÓN

La Corte ha establecido que: "la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo y la salud, o afecta a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos" (considerando 13 de Halabi), porque, "lo referente a la admisibilidad de la acción colectiva, a la legitimación para interponerla y a la proyección de los efectos de la sentencia que en su causa se dicte, depende fundamentalmente de la índole del derecho que por ese medio se procura resguardar" (considerando 22 de Halabi).

Este tipo de reclamos se pueden plasmar claramente en aquellas cuestiones vinculadas con la afectación de derechos personalísimos -como ocurre en Halabi, donde se pone en duda el derecho a la intimidad-, daños en la salud derivados de la contaminación del medio ambiente, por el consumo de tabaco o por el consumo masivo de un producto defectuoso -así ya lo establece los art. 52 y 55 de la LDC, donde legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios-, los servicios públicos o patrimoniales, agrega Badeni²⁴, como los reclamos de los afiliados de las AFJP que persiguen el reconocimiento del derecho de propiedad vulnerado por la estatización de ese régimen, o de aquellos ahorristas que se encontraban en la misma situación podrían haberse visto favorecidos con una única sentencia sobre la constitucio-

23. En esa inteligencia, se impone concluir que la legitimación de las personas indicadas en la norma constitucional -entre las que se menciona a las asociaciones que propendan a la protección de los consumidores- para interponer la acción de amparo allí prevista es sólo para los supuestos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva, con el alcance recién precisado (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1ª, 17/06/2004, Unión de Usuarios y Consumidores v. Edesur S.A. s/daños y perjuicios). "La titular de la Asociación de Amas de Casa de la Provincia de La Rioja carece de legitimación procesal para sustentar una medida cautelar con el objeto de suspender la aplicación de la resolución 854/01 en cuanto revoca la jubilación otorgada a las amas de casa que incumplieron con los requisitos de edad y domicilio al momento de su otorgamiento, toda vez que resulta incorrecto en el caso hablar de derechos subjetivos compartidos por un colectivo social y más aún considerarlo como sinónimo del derecho de incidencia colectiva, pues lo único que existe son beneficios previsionales de alcance individual" (CFed. de la Seguridad Social, Sala 2ª, 9/12/2002, Asociación de Amas de Casa de la Provincia de La Rioja c/ Administración Nac. de la Seguridad Social, LL 2003-B, 280).

24. Entrevista a Gregorio Badeni, sobre "El fallo de la Corte cambio el escenario y abre juego a las acciones colectivas" publicado en *iprofesional* con fecha 25/02/2009

nalidad del corralito.²⁵ Es decir, aquellas situaciones en donde un conjunto indeterminado de personas sufran el mismo daño generado por el mismo sujeto.

Según Lorenzetti, "con las acciones colectivas hemos dado un enorme salto en el sistema legal, porque ahora tenemos acciones colectivas en el campo del derecho ambiental, en el del derecho de los consumidores y, a partir de "Halabi" en materia de derechos extrapatrimoniales". (Disertación de Ricardo Lorenzetti en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, publicada por el Centro de información Judicial con fecha 30/04/2009)

1.4. CUÁLES SON LOS ALCANCES DE LA SENTENCIA Y CÓMO SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA CON RESPECTO A QUIENES NO PARTICIPARON DEL PROCESO

La Ley de Defensa del Consumidor, en el art. 54, segundo párrafo, establece que en las acciones colectivas la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia. En similar línea se expidió la Corte en Halabi, ya que la sentencia tienen efecto *erga omnes*, o sea efectos expansivos de la cosa juzgada sobre el grupo o la clase que en él se dicte, es decir para todos los afectados que se encuentren en esa misma situación, salvo en lo que hace a la prueba del daño (considerando 12 del Halabi), el que entiendo debe ser alegado y probado por el afectado en forma individual. Esto implica una alteración del principio procesal de que las sentencias tienen efecto solamente inter partes. Estas sentencias colectivas surten efectos tanto inter partes como *erga omnes*, respecto del universo alcanzado por el pronunciamiento, esto es, según cómo esté planteado el caso y según la naturaleza de los derechos en juego.

1.5. DE QUÉ FORMA SE PROTEGE EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO DE AQUELLOS CUYOS INTERESES PODRÍAN VERSE AFECTADOS Y NO PARTICIPAN DE LA ACCIÓN

Atento al gran efecto de la sentencia, Lorenzetti aseguró que:

Tenemos que ser cautos, por ejemplo, para preservar el derecho de la defensa en juicio para evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no tuvo la posibilidad de participar, se debe probar el elemento común y en que medida se va a beneficiar una clase. Por eso en los países que tienen trayectoria en la materia hay cuidados rigurosos en materia de prueba y exigencias de la acción²⁶.

Por eso, a fin de resguardar la defensa en juicio (art. 18 CN) será necesario adoptar los medios necesarios para notificar a todos aquellos que pudieran estar interesados en el resultado del pleito, con el fin de poder optar por quedar fuera del pleito o comparecer en él como parte o contraparte. Otro recaudo importante que se prevé es que deberán implementarse adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto para evitar el escándalo jurídico de sentencias contradictorias. Ello hace a la debida defensa en juicio, especialmente de las personas ausentes en el juicio.

25. Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional, 26/6/2007, LL 2008-A, 97. Se trata de una pretensión colectiva deducida por la Defensoría del Pueblo de la Nación a efectos de lograr la declaración expansiva de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia financiera ("corralito" y "corralón financiero", como fuera bautizada desde sus orígenes en todo el país) por la que se reprogramaron toda clase de imposiciones bancarias de los ahorristas del sistema a raíz del dictado de la L. 25561 y D. 1570/2001, 1606/2001, 214/2002, 1316/2002 y concordantes).

26. Disertación de Ricardo Lorenzetti en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, publicada por el Centro de información Judicial con fecha 30/04/2009)

En cuanto, por ejemplo, a las asociaciones "truchas", o sea aquellas asociaciones de consumidores y usuarios de dudoso origen y representatividad, los arts. 55, 56 y 57 de la LDC establecen que deben estar registradas para cumplir con los requisitos legales, pero lo cierto es que prácticamente es sencillo y económico constituir y registrar una asociación cualquiera y sacar tajada en este contexto, y se podría crear una incipiente industria del juicio, y abusar y desnaturalizar de esta nueva herramienta, aprovechando el beneficio de justicia gratuita del art. 55, segundo párrafo de la LDC y promover juicios millonarios (retroactivos / plazo de prescripción más favorables al consumidor) y multiplicidad de pericias para presionar con contingencias de honorarios, por lo que el ejercicio profesional se convierte en altamente rentable. Para evitar esto se podría exigir además, por ejemplo, una certificación de la clase (alma del sistema), como pretende hacer el art. 58, segundo párrafo de la LDC, al exigir un formulario firmado por el consumidor afectado...

1.6. CUÁL ES EL PAPEL DEL JUEZ EN ESTAS ACCIONES

En el fallo Halabi, al igual que en el derecho norteamericano,²⁷ será el juez el encargado de realizar el análisis inicial de admisión de la acción de clase y el cumplimiento de los requisitos prefijados, efectuando especialmente un adecuado control de la representatividad y de la supuesta comunidad de intereses que se intenta proteger, lo mismo establece el art. 52, tercer y cuarto párrafos, de la Ley de Defensa del Consumidor para el caso de las asociaciones de usuarios y consumidores.

1.7. CUÁLES SON LOS BENEFICIOS DE ESTAS ACCIONES

Los procesos de clase contribuyen a mejorar el derecho adjetivo a la vez que ayudan a la economía, celeridad, sencillez y eficacia del proceso judicial.

Hablamos de economía porque la concentración de varias peticiones en una sola demanda permite reducir los costos que implicaría la promoción de litigios individuales. Por eso Juan Vicente Sola sostiene que

Una acción colectiva es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. Cuando es posible, es una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran cientos o aun miles de demandas en un solo juicio, quienes integran la clase pueden afrontar los costos del proceso y el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión²⁸.

Subrayamos la característica de celeridad que se atribuye a este proceso puesto que al colocar su dirección en cabeza de un representante específico, la burocratización de los trámites procesales se simplifica notablemente haciendo que se llegue al resultado del pleito en un tiempo considerablemente menor.

A su vez, el mecanismo de las acciones de clase facilita la sencillez del proceso judicial, dado que el juez no debe analizar un reclamo particularizado, sino el de la "clase", convirtiéndolo en un proceso más ágil.

Por último, el sistema resulta eficaz porque se logra el objetivo de dar solución a reclamos masivos.

27. Vazquez v. Superior Court, 4 Cal. 3d 800, 807, 94 Cal. Rptr. 796, 484 P.2d 964 (1971), citando a Kalven Rosenfield, Function of Class Suit, 8 U. CHI. L. REV. 684, 686 (1941). Ver para referencia de este subtítulo: "Developing Damage Theories in Commercial Class Actions", J. W. Cotchett, B.L. Simon y N.L. Fineman, Association of Trial Lawyers of America, Congreso Anual Chicago 2000, p. 1653.

28. Sola, Juan Vicente, "El fallo Halabi y la creación de las acciones colectivas", LL 02/03/09, pag. 6.

En definitiva, la puesta en práctica de este sistema permite equiparar las desigualdades existentes entre las partes del proceso, facilitando el acceso a la justicia,²⁹ permitiendo que sujetos que no podrían demandar individualmente,³⁰ ya sea por los bajos montos de las indemnizaciones pertinentes, de los cobros excesivos, o por los elevados costos procesales de juicios de esta naturaleza,³¹ actúen en forma colectiva y organizada, alentando por lo tanto la participación popular.³² Al mismo tiempo, se busca lograr un resultado equivalente para todos los integrantes de la clase e incluso para aquellos que no hayan sido parte de ella pero puedan quedar alcanzados por los efectos de la sentencia.

1.8. QUÉ EXPERIENCIA HAY DE CLASS ACTIONS EN DERECHO COMPARADO

1.8.1. Primer antecedente: EE.UU.

Enseña Cueto Rúa (1988:952) que las acciones de clase, tanto en el *common law* norteamericano como en el inglés, ganaron actualidad y utilidad en los Estados Unidos como consecuencia de la agitación y de los cambios producidos durante las décadas del 50 y 60 para poner fin a la discriminación racial y para asegurar efectivamente los derechos individuales de los ciudadanos de la raza negra, y durante las décadas del 70 y 80 para proteger a los consumidores frente a los riesgos generados por la producción industrial masiva, el desarrollo de la sociedad de consumo, para cuidar la salud de la población, afectada por la proliferación de agentes contaminantes el medio ambiente.

El origen de las *class actions* remonta en Inglaterra al siglo XVII en la Court of Chancery (Bianchi, 2001:43)³³ a través del llamado *Bill of Peace*, remedio procesal que permitía al tribunal de equidad entender en una acción promovida por representantes de un grupo o contra representantes de un grupo, si la parte actora podía acreditar que la cantidad de personas involucradas era tan grande que hacía imposible o impracticable la acumulación de todas las acciones o la acumulación de todas las defensas; si, además todos los integrantes del grupo poseían un interés común en la materia sometida a decisión judicial; y si las partes

29. Los jueces del tribunal en Halabi sostuvieron que "hay casos en que por una sola causa se afectan los derechos de numerosas personas, y en los que resulta muy difícil para cada uno de los afectados promover una acción judicial. En estos supuestos resulta afectado el acceso a la Justicia". El alto tribunal indicó que había una clara afectación del acceso a la justicia, porque "no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados deba promover una nueva demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma".

30. Gabriel Stiglitz (1997:90) resalta que la soledad del consumidor constituye uno de los principales obstáculos para el acceso a la justicia en ejercicio de sus derechos. El consumidor aislado es un ser desarmado; todo concurre para quitarle coraje a fin de ingresar en los tribunales para enfrentarse al responsable del acto lesivo. La decisión de demandar importa un costo psicológico, y hasta aparece como una reacción excesiva que no se justificaría cuando el asunto tiene escasa magnitud económica.

31. "Class actions permit the plaintiffs to pool claims which would be uneconomical to litigate individually", Phillips Petroleum, Inc. v. Shutts, 472 US. 797, 809, 86 L.Ed. 2d 628, 105 S. Ct. 2965 (1985).

32. Ricardo Lorenzetti, sostiene que "Las acciones colectivas son un gran aporte al diseño institucional del país porque facilitan el acceso a la justicia y alientan la participación ciudadana y si el ciudadano común participa en la vida del país, entonces hay más control, más debate, hay discusión y transparencia, menos oscilaciones pendulares y más equilibrio de fuerzas, menos decisiones centralizadas en un país con una larga tradición de decisiones centralizadas". (Disertación de Ricardo Lorenzetti en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, publicada por el Centro de información Judicial con fecha 30/04/2009). Agregaría que esta fiscalización que es provechosa tanto para los proveedores, como para los consumidores, permitiendo una dinámica de mercado mucho más eficiente y justa.

33. Señala Bianchi que la Court of Chancery (Tribunal del Canciller o Corte de Cancillería) nace aproximadamente en el siglo XVI, aún cuando la ley de 1304 ya la menciona como un Tribunal. Surgió de la facultad inherente del Rey de Inglaterra para impartir justicia directamente en todos aquellos casos en que los primeros tribunales ingleses de derecho estricto o *common law* no podían conceder a las partes recursos procedentes o eficaces, prerrogativa que el monarca ejercía a través de su Canciller, quien asistido de otro funcionario llamado *master of the rolls* (especie de secretario encargado de los archivos) actuaba en calidad de Juez de Equidad. Fue abolida por la ley de reorganización de los Tribunales de 1873, pasando a constituir la Chancery Division de la High Court.

mencionadas como actores o demandados, según el caso representaban adecuadamente a los ausentes (Cueto Rúa, 1988:953 yss.).

La ventaja de las *class actions* consistía en que era más económico y conveniente articular un solo proceso de equidad que decidir una controversia a través de múltiples acciones.³⁴ Fue Story quien desarrolló la doctrina de las *class actions*. Su análisis fue perfeccionado en el caso *Smith v. Swormstedt*.³⁵ En 1912, la Regla de Equidad 38 reemplazó a la vieja Regla 48, pero omitió tratar el tema del efecto de sentencia respecto de quienes no integraron la litis. Pese a que la omisión removió la limitación sobre el efecto respecto de la clase, no quedó claro si su vinculación con relación a los miembros ausentes era consistente con los requisitos de debido proceso y el derecho de tener un día en la corte. En 1921, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió en los autos *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble* donde dispuso que

Si los tribunales federales han de tener la competencia en las acciones de clase a la cual obviamente tienen derecho, el fallo al emitirse obligará a toda la clase adecuadamente representada. Es imposible designar a todos sus integrantes como parte cuando los miembros son tan numerosos que resulta imposible traerlos a todos a juicio. La materia en discusión incluye el control y disposición de los fondos de una entidad de beneficencia que fue reconocida por la corte de equidad. Las partes han representado adecuadamente los intereses de la clase. La sentencia debe obligar a toda la clase.³⁶

Y en 1938 se incorpora la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal (*Federal Rules of Civil Procedure: FRCP*), lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho (Bianchi, 2001)³⁷. Esta Regla fue posteriormente modificada en el año 1966. En el transcurso del año 2005 se ha aprobado una tercera modificación a la Regla 23 por la cual se crea la “*Class Action Fairness Act*” que expande la jurisdicción de las cortes federales sobre las acciones de clase que se planteen en otros estados.³⁸

34. En el caso *How v. Tenants of Bromsgrove* unos arrendatarios interpusieron una acción contra el principal dueño de esas tierras que se había apropiado indebidamente de terrenos comunes pertenecientes a la ciudad. La Corte de Equidad mantuvo la acción como una sola y eliminó la necesidad de tratar las cuestiones comunes repetidamente en acciones separadas antes de que cada miembro tuviera su día en la corte.

35. Un grupo de parroquianos de la Iglesia Metodista Episcopal entabló una acción de clase por la cual se buscaba una declaración sobre los derechos de cada grupo de parroquianos, referente a la disposición de los fondos que originalmente pertenecían a dicha iglesia. La Suprema Corte consideró que la decisión obligaba a todos de la misma manera, hayan sido parte o no en el pleito. Sin embargo, en otros casos, la Corte estimó que si los ausentes no habían sido adecuadamente representados o no fueron oídos sobre las cuestiones comunes, la Regla de Equidad 48 evitaba el efecto extensivo del fallo sobre éstos (1853, 16. *How*, 288, 303, 14 L.Ed 942, 948) *Wabash R.R Co v. Adelbert College of the Western Reserve Univ*, 1908,28 S.Ct 425, 208 US609, 52 L. Ed.379, Wright, Miller Kane, pp. 7/15.

36. WRIGHT, MILLER & KANE. *Federal Practice & Procedure*, Volume 7A, West Publishing Co.pg 7/15.

37. Esta nueva regla dividió a las acciones de clase en tres categorías, en función de la naturaleza de las relaciones de intereses entre los miembros de la clase: a) verdaderas: si se daban intereses comunes; b) híbridas: si los intereses eran diversos o diferentes; y c) falsas. Se trata de intereses diferentes pero la acción era viable si existe una cuestión fáctica o de derecho que involucrara los diferentes sectores de intereses existentes en la clase.

38. Los puntos más sobresalientes de la esta última reforma son: 1) Sección 3 Carta de derechos para las acciones de clase de consumidores y mejora en los procedimientos de acciones de clase de un estado a otro. Se inserta el capítulo 114 dividido en varias secciones, entre ellas: a) Sec. 1712. Escrutinio judicial del cupón y de otros acuerdos no monetarios. La Corte puede aprobar un acuerdo bajo el cual los miembros de la clase recibirían beneficios o podrían obtener la parte o la totalidad de las ventajas propuestas solamente después de que en una audiencia donde se lo haga escrito y determine si el acuerdo es justo, razonable, y adecuado para los miembros de la clase.; b) Sec. 1713. Protección contra pérdida de los miembros de la clase. La Corte puede aprobar una propuesta de acuerdo por la que se obliga a cualquier miembro de la clase a pagar sumas a los consejeros que darían lugar a una pérdida neta al miembro de la clase solamente si la corte, por escrito, encuentra que las ventajas no monetarias para el miembro de la clase compensan substancialmente la pérdida monetaria; c) Sec. 1714. Protección contra la discriminación basada en la localización geográfica. La Corte puede no aprobar un acuerdo propuesto que prevea el pago de mayores sumas a algunos miembros de la clase con relación a otros solamente si los miembros de la clase a quienes se les abonan las mayores sumas están situados en una proximidad geográfica más cercana a la corte; d) Sec. 1715. Prohibición en

La Regla 23 (Equity Rule 23) establece:

Uno o más miembros de una clase podrán demandar o ser demandados como representantes de todos los miembros de la clase sólo si: (i) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable. (ii) Existen cuestiones de hecho y derechos comunes a la clase. (iii) Las demandas o defensas de las partes son típicas de las demandas o defensa de la clase. (iv) Las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.³⁹

La Regla 23 exige que un grupo de personas para instrumentar este tipo de acciones, es necesario que concurren ciertos requisitos (Bianchi, 2001), en la primera parte divididos en dos etapas: requisitos previos y de procedencia:

a. Requisitos previos: la Regla 23, Sección a) estipula cuatro (4) requisitos:

1. *Numerosity*: es preciso que la multitud de eventuales reclamantes individuales sea tal que no permita la reclamación en juicio de manera conjunta y estando personado individualmente cada reclamante. El requisito de la numerosity no atiende sólo al dato numérico (número aproximado de miembros de la clase); obliga a tomar en consideración cuestiones tales como la mayor o menor dispersión geográfica de los miembros o, incluso, los recursos económicos que, en principio, cabe atribuir al miembro típico de la clase; por lo tanto la numerosidad de la clase debe ser tal que imposibilite su actuación plural (igual que Halabi).

2. *Commonality* o identidad fáctica: deben existir cuestiones fácticas (de hecho) o jurídicas (de derecho) comunes a los distintos miembros del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de aquéllos. En tal sentido, se entiende que no existe suficiente commonality si las circunstancias individuales, aun no siendo tan relevantes como los elementos comunes, resultan suficientes para que la acción de clase pierda la eficiencia deseada (igual que Halabi).

el pago de generosidades. La Corte puede no aprobar un acuerdo propuesto que prevea el pago de generosidades al representante que actúe en nombre del resto, basado en una fórmula para la distribución del resto de los miembros de la clase, que aquella compensada a los otros miembros. Sin embargo, la limitación de la subdivisión (a) no será interpretada de manera que prohíba un pago aprobado por la corte por un tiempo razonable o frente a los costos que debió satisfacer una persona para cumplir con las obligaciones de ésta como representante de la clase; e) Sec. 1716. Información clara y simple del acuerdo: cualquier corte que posea jurisdicción sobre una acción de clase demandante deberá requerir que cualquier aviso escrito relacionado con el acuerdo propuesto cuente con determinadas características; f) Sec. 1718 Notificación al funcionario federal y de estado apropiado: es el abogado general de los Estados Unidos o la persona que tiene la responsabilidad reguladora o de supervisión federal primaria con respecto al demandado, si algunas o todas las materias alegadas en la acción de clase están sujetas a la regulación o a la supervisión de esa persona. En caso de que no exista, entonces el oficial del estado apropiado será el abogado general del estado. 2) Sección 4 Jurisdicción federal de la Corte de Distrito para acciones de clase de un estado a otro. Se dispone que la Corte de Distrito tenga jurisdicción originaria en cualquier acción civil donde la materia de controversia exceda la suma o valor de u\$s 5.000.000, comprensiva de intereses y costas, y estén relacionadas con la nacionalidad de los integrantes de las clases demandantes y demandadas. Asimismo, la Corte de Distrito puede declinar el ejercicio de su jurisdicción si se cumplen determinados porcentajes y también se contemplan los casos en que estos porcentajes no se aplican (ej: la corte de distrito declina su intervención cuando la mayoría de clase demandante supera 1/3 pero es menor a 2/3 de sus miembros) También se puede incluir reclamos de miembros individuales de la clase a fin de determinar si la materia en discusión excede la suma de u\$s 5.000.000, comprensiva de intereses y costas. 3) Sección 5. Remoción de acciones de clase de un estado a otro hacia las cortes federales. Se fijan pautas respecto a cuándo se procede a la remoción, la que se puede disponer antes o después de que la acción de clase se certifique como tal, el procedimiento para su remoción, la revisión de ordenes pendientes en acciones de clase de cortes estatales así como sus excepciones. 39. En su apdo. a), dicha norma dispone que *one or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.* El texto completo de la norma puede consultarse en <www.law.cornell.edu>.

3. *Typicality*: la reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa (típica) de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase (igual que Halabi).

4. *Adequacy of representation*: se trata de asegurar que quien inicia una acción irrogándose la representación de los miembros de la clase les representará adecuadamente, o sea con lealtad y ecuanimidad para con el resto de los miembros de la misma. (igual que Halabi)

b. Requisitos de procedencia: verificado el cumplimiento de los requisitos previos, el juez debe cerciorarse de que la acción de clase que se intenta entra en alguna de las categorías establecidas en la Regla 23 b) *Primer requisito*: a) si existe riesgo de que la iniciación de acciones independientes pueda acarrear el dictado de sentencias contradictorias o diferentes con respecto a los miembros individuales de la clase; b) se dicten sentencias con respecto a los miembros individuales de la clase que decidan sobre los intereses de los otros miembros que no hayan sido parte; *Segundo requisito*: a) la contraparte de la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre bases generalmente aplicables a la clase; b) los representantes de la clase intentan la obtención de órdenes o prohibiciones adecuadas o medidas declarativas con relación a la clase en su conjunto. *Tercer requisito*: esta subdividido, a la vez, en tres partes: a) existencia de cuestiones de hecho o derecho comunes a todos los miembros de la clase; b) el procedimiento de la acción de clase debe resultar el más idóneo o efectivo que las restantes vías para resolver la controversia; c) una vez iniciada la acción debe notificarse de ella a todos los posibles miembros de la clase

1.8.2. Segunda parte del Procedimiento

1. *La Certificación*: el juez, previo a su dictado, debe analizar si existen litigios pendientes y si es necesaria la realización de prueba anticipada.

2. Notificación a los miembros de la clase: existen sólo estándares generales de cómo practicar la notificación. Sin embargo, es preciso diferenciar según las clases o categorías previamente analizadas. Así, por ejemplo, si se atiende a las acciones de clase comunes o de daños (b.3), el tribunal notificará, de la mejor forma posible a todos los miembros de la clase incluyendo a aquellos que puedan ser razonablemente identificados. En otros supuestos se establece que se notifique de la manera en que lo establezca el tribunal (b.1 y b.2) a algunos o a todos los miembros de la clase acerca de cualquier trámite del proceso, de los alcances de la sentencia, etc.

3. *Facultades de dirección del proceso*: el juez cuenta con una serie de facultades para dirigir el proceso de clase, entre las que cabe mencionar: determinar el curso del procedimiento y ordenar medidas para prevenir repeticiones innecesarias o complicaciones en la producción de la prueba; ordenar la notificación que estime más conveniente acerca de cualquier trámite dispuesto en el curso del proceso, de los alcances propuestos en la sentencia, de la oportunidad que tendrán los miembros para manifestar si consideran que la representación es justa y adecuada, etc; imponer condiciones a los representantes de la clase o a los miembros intervinientes; requerir la modificación de las presentaciones en el sentido de eliminar toda alusión a la representación de los ausentes.

4. *La sentencia. Efectos y alcances*: como regla general se establece que si todos los requisitos se han cumplido, la sentencia que se dicte tendrá efectos vinculantes para todos los miembros de la clase hayan tomado intervención o no en el proceso.

Como en cualquier otro procedimiento, las acciones de clase son susceptibles de ser

desistidas y transadas. Para ello debe ajustarse al cumplimiento de los recaudos estipulados en la Regla 23 e): contar con la homologación del tribunal y la notificación a los miembros de la clase bajo las formas que aquél establezca (cf. Bianchi, 2001:93 y ss.). En cambio nuestro artículo 54 1er. párrafo de la LDC establece que

para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

Debe añadirse, finalmente, que la *class action* estadounidense prevé tanto: I. un sistema de *opt-in* (es decir, la posibilidad de que consumidores o usuarios individuales que forman parte de la clase representada se personen en el procedimiento para acumular su acción individual a la iniciada por los representantes, con el objeto de tener su propia asistencia letrada y su propia estrategia procesal); como II. un sistema de *optout* (es decir, la posibilidad de que los referidos consumidores o usuarios individuales manifiesten ante el tribunal, mediante mecanismos ágiles de personación, su voluntad de quedar excluidos de la acción iniciada, para no verse afectados por la sentencia que se dicte).⁴⁰

1.8.3. Europa, Asia y Oceanía

Varios países europeos han instaurado sistemas de acciones colectivas en sus respectivos ordenamientos jurídicos: Países nórdicos⁴¹, Italia⁴², Irlanda, Países Bajos, Portugal y de forma más limitada, Reino Unido.⁴³

España ha regulado un supuesto especial de acciones de clase a las que denomina acciones colectivas indemnizatorias (Marín López, 2001) en la L.E.C. del 7 de enero del 2000

40. A estos efectos, la regla (c) (2) de la Federal Rule no. 23 dispone que "*in any class action maintained under subdivision (b) 3, the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the members so requests by a specified date; (B) the judgement, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel*".

41. Mientras que en Suecia cuenta desde principios de 2003 con una ley que rige las acciones de clase, en Dinamarca y en Noruega se implementaron leyes similares recién a partir del 1 de enero de 2008. En Dinamarca se admitió la primera acción de clase en el caso del Banco Trelleborg con casi 4.000 accionista se unieron para formar una comunidad de intereses.

42. Italia el 21 de diciembre de 2007 aprobó una ley permitiendo las acciones de clase en ciertas circunstancias, como parte de la enmienda de la ley de Protección al consumidor (206/2005, art. 140 bis, introducción al artículo 140 párrafo 2). La referida normativa establece que se podrá hacer valer sus intereses colectivos cuando las disputas derivan de las siguientes cuestiones: 1) los términos y condiciones general, es de los negocios, 2) ilícito civil extracontractual; y 3) infracciones de las normas de defensa de la competencia. En Italia se sigue el criterio *opt-in*, es decir, cada reclamante debe registrarse por escrito con el demandante para unirse al grupo demandante. Se divide el procedimiento en tres fases: 1) en vista oral el juez decide si la demanda es admisible; 2) el tribunal considerando el fondo de la cuestión decidirá sobre la responsabilidad del demandado y sobre la cuantía y 3) si el demandado luego de 60 días de la decisión no presentará algún tipo de plan de pago el juez llevará a cabo el procedimiento de conciliación ante una cámara conciliadora (Camera di Conciliazione), preside esta cámara un abogado designado por el juez, y estará integrada también por representantes de ambas partes. El acta del procedimiento de conciliación constituye un instrumento ejecutable.

43. El Reino Unido existen dos instrumentos colectivos de resarcimiento jurídico en el derecho procesal civil ingles que son las Acciones representativas (Representative Actions) y las Ordenes de acciones en grupo (Group Litigation Orders). Ambos se basan como el italiano en el principio de *opt-in*, es decir, cada una de las partes damnificadas debe explícitamente unirse a la acción.

(arts. 6.1.7°, 7.7., 11, 13.1, 15, 78.4, 221, 221.1,⁴⁴ 222.3,⁴⁵ 256.1 y 519, entre otros):

1. *Ámbito de aplicación*: se circunscribe al resarcimiento de daños y perjuicios padecidos por consumidores y usuarios (excluyendo otros como por ejemplo daños medioambientales) por un mismo hecho dañoso. A diferencia de lo que sucede con las *class actions* estadounidenses, en el derecho español es posible el ejercicio de una acción de clase para obtener el resarcimiento de daños patrimoniales o personales, incluidos dentro de estos últimos los morales. Tampoco existe un límite cuantitativo para el ejercicio de una acción de clase, ni superior ni inferior.

2. *Legitimación*: la LEC establece varios niveles de legitimación. Asocia a cada uno un nomen distinto de los intereses tutelados en el proceso: intereses colectivos (art. 11.2) e intereses difusos (art. 11.3).⁴⁶ La legitimación reconocida en favor de grupos,⁴⁷ asociaciones⁴⁸ y entidades⁴⁹ para el ejercicio de acciones de clase no impide el ejercicio individual de la acción indemnizatoria por el particular que ha sufrido los daños o por varios de ellos que, acumuladamente y en el mismo proceso, solicitan sus respectivas indemnizaciones.

3. *Llamamiento de los perjudicados y comunicación previa de la demanda*: en todo proceso iniciado por el ejercicio de una acción de clase y sea quien fuere su promotor, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados. La finalidad de este llamamiento es para que hagan valer su derecho o interés individual. Es decir, para que intervengan en el proceso colectivo y ejerciten dentro de él su particular derecho a obtener una indemnización por los daños padecidos. El llamamiento se hace publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (art. 151. LEC). Los efectos del llamamiento son distintos en función de cuál sea la acción de clase ejercitada:

44. Las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta ley estarán sujetas a las siguientes reglas: 1ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

45. La cosa juzgada afectará a las partes en el proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley.

46. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

47. Grupos afectados: está legitimado para interponer una acción de clase sólo si los componentes del grupo están perfectamente determinados o son fácilmente determinables (art. 11.2 LEC; es decir, en caso de intereses colectivos). Pesa sobre el grupo la carga de acreditar que se ha constituido con esa mayoría. La constitución del grupo es pre y extrajudicial; se hace antes del proceso y fuera de él.

48. Asociaciones de consumidores y usuarios: gozan de capacidad procesal suficiente (conf. Art. 6.1.3° LEC) y están legitimados para el ejercicio de una acción de clase tanto si los perjudicados están determinados o son fácilmente determinables (art. 11.2 LEC) como si la pluralidad de perjudicados es indeterminada o de difícil determinación (art. 11.3 LEC). La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios en este caso (intereses difusos) es exclusiva, en el sentido de que los grupos de afectados y las entidades legalmente constituidas para la defensa de los consumidores y usuarios carecen de legitimación para el ejercicio de una acción de clase en defensa de una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación. Se les exige, además que sean representativas, conforme a la ley. En cambio en el caso del art. 11.2 la legitimación es concurrente.

49. c) Entidades legalmente constituidas para la defensa y protección de los consumidores y usuarios: si el colectivo de perjudicados está determinado o es de fácil determinación, el artículo 11.2 LEC concede legitimación para el ejercicio de estas acciones a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios. Es decir, se trata de una legitimación concurrente con la que el mismo precepto reconoce a los grupos de afectados y a las asociaciones de consumidores y usuarios

a. Si se trata de una acción del art. 11.2 LEC (perjudicados determinados o de fácil determinación), los consumidores y usuarios perjudicados por el hecho dañoso pueden intervenir en cualquier momento del proceso, aunque no podrán realizar los actos procesales que hubieren precluido.

b. Si se trata de la acción del art. 11.3 LEC (perjudicados indeterminados o de difícil determinación), el llamamiento suspende el curso del proceso por un plazo de tiempo que fijará el juez, no superior a dos meses. El proceso se reanudará transcurrido ese plazo con la intervención de todos aquellos consumidores o usuarios que se hayan personado en el proceso. El juez no admitirá la presentación en ningún momento posterior, sin perjuicio de que los que no personados puedan ejercitar sus pretensiones indemnizatorias al margen del proceso colectivo. En este caso procederá la acumulación (art. 78.4 LEC)

4. *Sentencia*: contenido y eficacia: la LEC distingue dos (2) hipótesis: en una primera, la sentencia tendrá que determinar "individualmente" los consumidores y usuarios que han de entenderse "beneficiados por la condena". Si los dañados están identificados, la sentencia hará mención individual de ellos. Pero no es nada claro si en la parte dispositiva de la sentencia puede decretarse el pago de cada uno de ellos de una cantidad concreta y determinada. La segunda hipótesis (caso en que la determinación individual de los perjudicados no sea posible) la sentencia estimatoria establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago en trámite de ejecución de sentencia. La sentencia dictada en un proceso de clase no produce efecto de cosa juzgada respecto de las pretensiones indemnizatorias susceptibles de ser ejercitadas individualmente por los consumidores y usuarios afectados.

5. Ejecución de la sentencia: la sentencia dictada en un proceso de clase que reconozca una indemnización concreta a un consumidor o usuario individualizado y determinado constituye título ejecutivo por lo que el consumidor o usuario favorecido por la condena puede instar la ejecución contra el demandado invocando esa sentencia. Si la sentencia no ha determinado individualmente los perjudicados, sino que se ha limitado a señalar "los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago" será en el trámite de ejecución de sentencia cuando se individualizarán los perjudicados y se les señalará la pertinente indemnización. El artículo 519 LEC permite el aprovechamiento por terceros no litigantes (los perjudicados) de los efectos beneficiosos derivados de la sentencia condenatoria dictada en un proceso de clase.

Australia ha incorporado la *class acción for damages*, partiendo de la legislación del Estado de Victoria (1985) y del de Australia del Sur (1987).

Actualmente Israel está trabajando en el sentido de un esquema amplio de *class actions for damages*, limitadas al campo del mercado de valores mobiliarios.

1.8.4. América

La Constitución de Colombia no contempla la acción popular y sólo acepta el derecho de petición. El decreto extraordinario 3466 de 1982 estableció en Colombia una "acción de clase" para la protección de los derechos del consumidor frente a violaciones sobre calidad de productos, precios, etc. Se vincula con la protección de la salud y por ende, con el medio ambiente y, tiempo después, la ley 9 (de 1989) sobre Reforma Urbana, previó una acción popular que puede promover cualquier ciudadano para defender un espacio público, disponiendo que una vez obtenida sentencia favorable, puede acogerse a ella cualquier otra persona sin que sea necesaria la interposición de otro proceso. Esto significa que sus efectos pueden ser argüidos por terceros, es decir, *erga omnes*. Sin embargo, debe entenderse que

la verdadera regulación aparece en la ley 472 de 1988, que entre los diversos remedios para la defensa de intereses colectivos contempla las acciones grupales. También este tipo de acción aparece en el artículo 1005 del Código Civil en defensa de los bienes de uso público, siendo titular de la misma, el municipio o cualquier persona del lugar, otorgándoles iguales derecho que los concedidos a los propietarios de heredades o edificios privados. Se prevé una indemnización a favor de los damnificados y, además, quien ejercita la acción tiene derecho a recompensa (arts. 2359 y 2360 Cód. Civil). En estos casos se dice que el daño no es directo, sino mediato. Se reconoce expresamente la acción popular para defensa ambiental en el art. 210 del Estatuto Reglamentario del Código Nacional sobre Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente (decreto ley 2811/74 y ley 23 de 1973).

La Constitución Política de Chile de 1980 consagra un recurso único en el sistema constitucional de América al establecer expresamente que: "procederá, también el recurso de protección (...) cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada", asemejándose al recurso de amparo de otras legislaciones. El Código Civil de ese país regla la acción popular en términos similares al de Colombia. Reglamentan dicha acción en defensa de los bienes de uso público y la de daño contingente en los arts. 948 y 2333 (Flah y Smayevsky, 1993:935-945).

En Venezuela existe una Ley Orgánica del Ambiente que data de 1976, que crea la Procuraduría del Ambiente. El art. 32° confiere legitimación para interponer esta acción popular a "todo ciudadano (...) para demandar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la conservación, defensa o mejoramiento del ambiente, a fin de que las actividades o hechos denunciados sean objeto de investigación". El reglamento de esta ley crea Juntas a las que define como "organizaciones al servicio de la colectividad en la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, mediante el examen, la vigilancia y la fiscalización de las actividades que directa o indirectamente puedan incidir sobre aquél". En resumen, en Venezuela, la acción popular puede ser ejercida individualmente por cualquier ciudadano o colectivamente por las Juntas (Flah y Smayevsky, 1993:935-945).

La Constitución Política de Perú establece la acción popular sólo para los actos administrativos violatorios de la Constitución o la ley: "hay acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución,, contra la ley, contra los reglamentos y normas administrativas, y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público". El mismo artículo establece la acción de amparo y el inc. 18 del art. 2° consagra el derecho de petición individual o colectiva. Asimismo, se utiliza la acción popular en los casos de daño contingente y de defensa de los bienes de uso público, dentro del cual podemos incluir el medio ambiente (Flah y Smayevsky, 1993:935-945).

En Brasil la ley 47 de 1965 y el Código de Proceso Civil de 1976 consagraban acciones que podríamos calificar como populares o aun de clase, que permitían proceder contra quienes perjudicaban el bienestar general, en sus aspectos económico, artístico, estético o histórico. La Constitución Nacional de 1988, en su capítulo VI, diseña un amplio espectro de defensa del medio ambiente. En su art. 5° amplió los alcances de la acción popular a cualquier ciudadano, partido político con representación en la Cámara Federal o en el Senado de la República, asociación o sindicato. Dicha acción puede perseguir la anulación de un acto ilegal o lesivo al patrimonio público, a la moralidad administrativa, a la comunidad, a la sociedad en general, al medio ambiente, al patrimonio histórico o cultural y al consumidor. Que a través de un paso por la ley 7347 y por el artículo 5 de la Constitución de 1988 culminara con la ley 7913 de

1989, que se ha señalado como modelo de la primera "acción de clase" por daños causados a los titulares de valores mobiliarios. Inspirándose en las *class actions* norteamericanas, se sancionó la ley 7347 de acción civil pública que concede la acción colectiva de defensa de intereses difusos de naturaleza indivisible, pero su hermenéutica impedía la indemnización de daños producidos en forma individual, por lo cual los damnificados debían someterse al proceso común de reparación de daños. Dicha ley constituyó la primera acción de clase por daños al considerar legitimado al Ministerio Público para accionar, a fin de obtener la reparación por los daños causados a los titulares de valores mobiliarios. Por su parte, la Ley Federal 8078 dictada el 11 de septiembre de 1990, que aprobara el Código de Defensa del Consumidor, otorga una acción colectiva para la defensa de intereses o derechos subjetivos individuales que, al tener una causa que les es común, son considerados en conjunto y así tratados (Flah y Smayevsky, 1993:935-945). Por eso Pellegrini Grinover, sostiene que sirven para la defensa de intereses individuales homogéneos (Grinover, 2002). Su artículo 81, inciso 1º, asevera que los intereses o derechos difusos son los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los cuales son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho, mientras que en su inciso 2º se reconoce como derechos colectivos a aquellos transindividuales de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base (Leal, 1996:24). Y el art. 103, apartado III dispone que las sentencias dictadas en el ámbito de una acción en "defensa colectiva de intereses individuales homogéneos" tendrán fuerza de cosa juzgada *erga omnes*, tan sólo "en el caso de procedencia de lo pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores".

También existe un Código Modelo de Procesos Colectivos de Iberoamérica.⁵⁰ Y reci-

50. En el Capítulo I conceptualiza los intereses o derechos transindividuales, según las categorías de difusos e individuales homogéneos. La legitimación es concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio de los colegitimados. Se asigna al Ministerio Público el papel de fiscal de la ley. En el Capítulo II se trata de los procedimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva. Se encuentran ahí normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización; sobre la acción condenatoria a la reparación de los daños al bien indivisiblemente considerado y al destino de la indemnización para la recuperación del bien dañado o a finalidades conexas; sobre la condenación a una obligación de hacer o no hacer (inhibitoria), en que la indemnización es la ultima ratio, a la cual se prefiere el régimen de multas diarias (astreintes) o hasta incluso el de mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación; sobre la condenación a una obligación de dar. El Capítulo III trata de reglas procesales aplicables, en general, a los procesos colectivos: la competencia, el pedido y las causas de pedir, la tentativa de conciliación y de otras formas de composición, preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo. El proceso se desenvuelve por audiencias, ejerciendo el juez varios poderes de control y dirección, inclusive pudiendo decidir desde luego la demanda por el mérito, cuando no hubiere necesidad de prueba. Siguen reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, sobre las costas, emolumentos y honorarios, previéndose incentivos para las partes, sobre la interrupción del plazo de prescripción para las pretensiones individuales como consecuencia de la proposición de acción colectiva, etc. Finalmente se regulan los efectos de la apelación, en principio meramente devolutiva, y de la ejecución provisoria. El Capítulo IV se detiene sobre las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individuales homogéneos y, particularmente, sobre la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de las víctimas. Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. El Código también prevé la posibilidad de que el juez, en la sentencia condenatoria, fije las indemnizaciones individuales, cuando esto fuera posible. Se prescribe también que, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número compatible con la gravedad del daño, habrá ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados que serán vertidos con destino al Fondo. El Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos tiene reglas específicas sobre la gestión y las actividades, a ser controladas por el juez. En el Capítulo V son tratadas la conexión, la litispendencia y la cosa juzgada. La conexión y la litispendencia tienen reglas claras, incluyendo las relaciones entre las acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales. También está prevista la posibilidad de transformar varias acciones individuales en una acción colectiva. Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia *erga omnes* (o *ultra partes*), en caso de procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por

entamente Honduras también ha legislado sobre ellas.

1.8.5. Argentina

En el ámbito nacional,⁵¹ algunas provincias argentinas han avanzado sobre la regulación de procesos colectivos, específicamente, San Juan, Tucumán, La Pampa, Tierra del Fuego,⁵² Chubut,⁵³ y Río Negro.⁵⁴ Las dos primeras prevén extender los efectos de las sentencias más

insuficiencia de pruebas, hipótesis en que la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas. El Código avanza admitiendo una nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 (dos) años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo. Con relación a los intereses o derechos individuales homogéneos rige la cosa juzgada positiva, es decir, *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal. Otras normas legislan sobre la extensión de la cosa juzgada positiva resultante de una acción en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos, en provecho de las víctimas individuales del mismo evento dañoso y la conexión y la litispendencia entre acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales. El Capítulo VI introduce la acción colectiva pasiva. La acción, en esos casos, es propuesta no por la clase, sino contra ella. En cuanto al régimen de la cosa juzgada sigue el principio general de que la sentencia sólo puede favorecer a los integrantes del grupo cuando se trata de derechos o intereses individuales homogéneos. Así, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza indivisible (intereses difusos), el régimen de la cosa juzgada es *erga omnes* simétricamente a lo que ocurre cuando el grupo litiga en el polo activo (pero sin el temperamento de la improcedencia por insuficiencia de pruebas); pero, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza divisible (intereses o derechos individuales homogéneos), la cosa juzgada positiva no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán promover acciones propias o discutir la sentencia en el proceso de ejecución, para apartar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual. No obstante, tratándose de una acción promovida contra un sindicato, la cosa juzgada positiva alcanzará, sin excepciones, a los miembros de la categoría. Por último, el Capítulo VII trata de las disposiciones finales, contemplando una recomendación al intérprete y determinando la aplicación subsidiaria de los diversos Códigos de Proceso Civil y legislaciones especiales pertinentes, en lo que no fueren incompatibles.

51. El socio del legislador porteño por el PRO, Gerardo Ingaramo, dijo que en el contexto latinoamericano la Argentina está en el quinto lugar en cuanto a sentencias judiciales en este tipo de causas.

52. La ley 147 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ha receptado en los artículos 654 a 662 del Título X de su Código de Procedimientos Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero la protección de los intereses colectivos o difusos. Para ello remite a las normas del proceso sumarísimo (art. 1°), concede facultades al juez para ordenar medidas cautelares (art. 2°), dispone la acumulación de acciones en la primera causa iniciada cuando una misma acción fuera interpuesta en distintos procesos por uno o más legitimados (art. 657), crea un registro de juicios (art. 658), se ordena la publicidad de la demanda (art. 659), los legitimados cuentan con la posibilidad de adherir a la demanda entablada, en cuyo caso el juez dispondrá la unificación de personería (art. 661) y finalmente establece cuáles son las medidas más eficaces para prevenir, reparar los daños o condenar al responsable (art. 662).

53. La Provincia de Chubut, en 1999, reglamentó la acción de amparo para la tutela de los intereses difusos bajo la denominación de Amparo Ambiental. Básicamente, los arts. 3 a 17 son una copia fiel de la regulación del amparo en el orden nacional. El juez ordena el cumplimiento de la sentencia mediante mandato de prohibición, ejecución o restitutorio (art. 10°) Existe una amplia legitimación procesal que va desde el Estado Provincial, los Municipios y Comunas hasta el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público Pupilar, el Defensor del Pueblo y las entidades legalmente constituidas (art. 21°). Procede esta acción cuando se solicite la adopción de medidas preventivas, reparatorias del medio ambiente, el patrimonio cultural, la discriminación, los derechos de la competencia, consumidores y usuarios y en general el goce de los derechos difusos (art. 22°). El Tribunal ejerce la dirección del proceso y actúa de oficio (art. 25°). Se le acuerda efectos de cosa juzgada a la sentencia para todas las partes intervinientes (art. 26°).

54. Otra provincia que legisló sobre el amparo de los derechos difusos en forma reciente fue Río Negro. Esta acción se interpone a los fines de salvaguardar el medio ambiente y el equilibrio ecológico, los derechos del consumidor, el patrimonio cultural, cualquier otro bien y/o valor social. Regula tres (3) especies distintas de acciones: de prevención (art. 4°), de reparación en especie (art. 5°) y de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad (art. 6°). La legitimación para interponer este tipo de remedios también es amplia (Fiscalía de Estado, Ministerio Público, Municipios y Comunas, entidades legalmente constituidas y cualquier otra entidad). El juez debe resolver en el término de veinticuatro (24) horas sobre la admisibilidad de la legitimidad invocada (art. 9°) y delimitar la composición del grupo de personas (art. 11°). Se estipula la publicidad de la demanda por medios que el juez estime convenientes (art. 15°) y la citación a las partes de una instancia obligatoria de conciliación de los intereses en conflicto (art. 16°). La sentencia que se dicte hace cosa juzgada respecto de los intervinientes en el proceso (art. 18°) y sólo podrá reabrirse el caso cuando dentro de un plazo de dos (2) años contados desde la notificación de la sentencia denegatoria el legitimado activo ofreciere la producción de pruebas conducentes de las que no haya dispuesto con anterioridad (art.19°). Las resoluciones que se dicten serán anotadas en un Registro de Cláusulas Uniformes Abusivas (art. 23°) y

allá de las partes del proceso, mientras que no lo resuelven de igual forma las dos últimas.

Por su parte, la provincia de Buenos Aires⁵⁵ posee la regulación más novedosa del país de acciones de clase de consumo (Bersten, 2004).

II. LOS PROYECTOS DE LEY NACIONALES

2.1. PROYECTOS DE LEY CON Y SIN ESTADO PARLAMENTARIO

Existen varios proyectos, algunos sin estado parlamentario como los presentados por: el senador Eduardo Bauzá en 2002, el senador Antonio M. Fernández, la Defensoría del Pueblo de la CABA, Quiroga Lavié (1998) y el diputado Dr. Ángel Enzo Baltuzzi. Y con estado parlamentario: S-1412/09 de Liliana T. Negre de Alonso, S-1496/09, S-1786/09, Julio Juan Piumato (nro. De epte. 6010-D-2009, trámite parlamentario 173 04/12/2009), y el de José Antonio Vilariño, Osvaldo Rubén Salum y María Inés Diez, (Nro. De expte. 2199-D-2009, trámite parlamentario 42 07/05/2009)

2.2. PROPUESTA SUPERADORA PARA UN PROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE CLASE QUE REGLE EN GENERAL SIN PERJUICIO DE LAS PARTICULARIDADES DE LA LDC

2.2.1. Disposiciones Generales

a. *Concepto de proceso de clase*: se llama proceso de clase o grupo a aquel iniciado por o contra una persona o por un legitimado colectivo en representación de los miembros del grupo frente a un acto, hecho u omisión perjudicial para la tutela de derechos que son comunes de la clase o grupo.

b. *Derechos tutelados*: el proceso colectivo o de grupo priorizará la defensa de: l) *Derechos difusos*: se entiende por tales a aquellos supraindividuales donde el bien objeto de tutela es indivisible y sus titulares no tienen una relación jurídica entre sí, sino que están unidos por una particular situación de hecho. Parte 2º. Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual. Parte 3º. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos

el juez que haya dictado sentencia es el encargado de su ejecución (art. 24*)

55. En la Provincia de Buenos Aires, se sancionó el 27 de noviembre de 2003 la ley 13.133 que instrumenta el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios. Tiene diez (10) títulos y noventa (90) artículos en total. En su art. 1 tiene por objeto establecer las reglas de las políticas públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva protección de estos derechos. Entre las medidas más importantes se imponen los controles de calidad y equidad, la información al consumidor, su educación (art. 7, 12 a 17). Se crea un registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (art. 22). Dispone que el trámite de las acciones que se sigan por este código tramiten por la vía sumarísima (art. 23) -disposición que fue vetada en parte por el Decreto 64/2003-. Lo novedoso del trámite está dado por el alcance de los acuerdos conciliatorios en acciones promovidas en razón de los derechos de incidencia colectiva. Estos acuerdos benefician a todos los afectados por el mismo hecho que motivó la litis. Para ello, el acuerdo debe ser publicado en la forma que el juez considere más conveniente. Aquél que no suscribió el acuerdo tiene a su alcance la acción individual (art. 26). En torno a la legitimación, se faculta a iniciar este tipo de acciones a los consumidores y usuarios individual o colectivamente y a las asociaciones de consumidores debidamente registradas. La norma también había legitimado al Ministerio público, pero esta parte fue objetada por el Decreto 64/2003. Sin embargo cuando la acción sea abandonada por alguno de los legitimados, el Ministerio Público puede asumir la titularidad de la acción (arts. 26 y 27). Por último y en lo que hace al efecto de la sentencia se establecen tres (3) supuestos: a) admisión de la demanda: beneficiará a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños; b) rechazo de la demanda: no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso; c) rechazo por insuficiencia de pruebas: cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas. La sentencia deberá ser publicada por el medio que el juez disponga, a costa del vencido. (art. 28)

de tutela de intereses o derechos difusos no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores, quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24. II) *Derechos individuales homogéneos*: se caracterizan de esta manera a aquellos en el que el bien es divisible y el titular es un particular damnificado que esta vinculado a otro por un origen común a los fines de la tutela procesal.

c. *Legitimación*:⁵⁶ tendrán legitimación para interponer el proceso colectivo o de grupo en defensa de los derechos enumerados en el punto 2 los siguientes sujetos:

I) personas físicas o jurídicas, siempre que actúen en defensa de los intereses comunes del grupo;

II) organismos públicos (comprensivos de la administración centralizada y, descentralizada cualesquiera sea su modalidad de organización);

III) el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público;

IV) las asociaciones, para la defensa de derechos vinculados a sus fines específicos.

d. *Clase pasiva*: se podrá entablar este proceso para la tutelada de los derechos enumerados en el punto 2 contra un grupo.

e. *Criterios de evaluación*:⁵⁷ en el análisis del representante el juez podrá tener en cuenta los siguientes criterios:

I) Experiencia en litigios colectivos anteriores;

II) Capacidad, credibilidad, prestigio, antigüedad;

III) Capacidad económico – financiera.

f. *Litisconsorcio*: cuando exista concurrencia de legitimados para el ejercicio del proceso colectivo o de grupo en tutela de los derechos enumerados en el punto 2, el juez asignará la calidad de representante a un legitimado colectivo. Sin perjuicio de ello, podrá ordenar la incorporación de otros legitimados al proceso formando un litisconsorcio, debiendo los interesados unificar personería siempre que ello no entorpezca el trámite de la acción y los intereses que protejan sean comunes a los miembros de la clase.

g. *Abandono de la acción*:⁵⁸ en caso de desistimiento o abandono de la acción, se dará intervención al Ministerio Público para que asuma su representación. En su defecto, el juez podrá disponer la citación de otros interesados por un plazo prudencial a fin de que comparezcan a juicio y manifiesten o no su voluntad de formar parte del proceso. Transcurrido el plazo sin que se hayan presentado otros interesados –ya sea para formar parte del grupo o para asumir su representación–, el juez procederá al archivo de la misma.

56. La enumeración no importa un numerus clausus debiendo contemplarse también a toda otra entidad que vele por la defensa de estos derechos, tanto en el supuesto de que se accione en carácter activo como pasivo. Al establecerse categorías de derechos se busca no dejar librada la legitimación procesal sólo a quien resulte afectado sino confiar la adecuada protección del grupo a otros legitimados (asociaciones, Defensor del Pueblo, Ministerio Público, etc)

57. Estos criterios no son estrictos. Constituyen una guía para el juez, quien goza de una absoluta discrecionalidad en la elección del representante.

58. Justamente lo que se trata es evitar la desprotección no sólo de los intereses del grupo entendido como comunidad, sino de los sujetos individualmente considerados ante la desidia del representante. Siendo función del Ministerio Público, velar por los intereses generales de la sociedad, la solución más adecuada es que sea él quien asuma la representación del grupo hasta tanto se presente otro interesado.

h. *Acciones posibles*⁵⁹ son admisibles todo tipo de acciones para llevar a cabo el proceso colectivo o de grupo, pero el juez dará prioridad al trámite más abreviado que exista en la jurisdicción que corresponda.

2.2.2 Del Procedimiento

El proceso colectivo consta de tres (3) fases:

2.2.2.1. **Fase preparatoria:** previo a dar comienzo al trámite como proceso colectivo o de grupo, el juez deberá verificar que la acción entablada persiga la protección de los derechos señalados en los puntos b. I y II y que se trate de alguno de los sujetos indicados en el punto c. Asimismo, verificará que los legitimados cumplan con los recaudos fijados en el punto e. El juez deberá integrar la litis con todos aquellos a quienes la sentencia que eventualmente se dicte pudiera afectar⁶⁰ y resolver las excepciones que pudieran plantearse. Pesa sobre el demandado la carga de denunciar la existencia de otros pleitos vinculados a la misma cuestión. En todos los casos, dará intervención al Ministerio Público a fin de que se expida sobre la conveniencia o no de adoptar la figura del proceso colectivo o de grupo.

a. **Medidas cautelares:** en caso de grave peligro, daño o amenaza a los intereses del grupo, el juez podrá dictar las medidas cautelares que estime convenientes, las que se ajustarán a las disposiciones del CPCCN. La apelación se concederá, en su caso, con efecto devolutivo.⁶¹

b. **Registro de Procesos Colectivos o de Grupo:** se crea el Registro de Procesos Colectivos o Grupales, que tiene por fin registrar todas las acciones que se promuevan en defensa de los derechos difusos e individuales homogéneos con el objeto de evitar la repetición innecesaria de procesos vinculados a un mismo hecho lesivo. El juez, una vez verificada la promoción de una acción de este tipo, deberá librar oficio al Registro a fin de que informe:

I) Acciones anteriores vinculadas a la misma cuestión actualmente debatida;

identificación de los sujetos que promovieron la acción, objeto y causa del mismo;

II) Estado actual del trámite;

III) Sentencia recaída en la causa y cumplimiento de medidas cautelares o acuerdos conciliatorios, si los hubiera.

2.2.2.2. **Fase instructoria:** ordenada la apertura del trámite como proceso colectivo o de grupo, el juez procederá a:

a. Citar al promotor de la demanda, así como a todos aquellos que puedan tener interés social relevante por la trascendencia de la cuestión planteada. A tal fin, fijará un plazo no menor a diez (10) días para su comparecencia. Vencido el plazo sin que se hayan presentado otros interesados, el juez designará representante al promotor de la demanda, quien tendrá la carga de:

59. Se trata de un principio general a fin de que el proceso colectivo o de grupo pueda hacerse valer por cualquier vía. Sin perjuicio de ello, se otorga la potestad al Juez de elegir el trámite más abreviado con el objetivo de dar una respuesta rápida a los justificables.

60. La adecuada integración de la litis con la clase pasiva se fundamenta en la posibilidad de ejecución posterior. De lo contrario, se obtendría una sentencia noble pero carente de eficacia práctica.

61. Puede suceder que en el transcurso del proceso se den determinadas circunstancias por las que se ponga en peligro la adecuada defensa de los derechos de la clase o grupo. Por ello, y con el fin de evitar estos inconvenientes se otorga al juez la posibilidad de dictar medidas cautelares. La apelación se da con efecto devolutivo, justamente con el objetivo de no entorpecer el trámite de la acción

I) Denunciar la composición del grupo o clase afectada con identificación de sus datos (nombre y apellido, domicilio, teléfono, DNI y cualquier otro que estime pertinente).

II) Notificar a los miembros del grupo⁶² por el medio más ágil, informando sobre las alternativas que posee para participar en el litigio o excluirse de él. A tal fin, el representante podrá valerse de todos los medios fijados en los arts 135 y ssgtes del CPCCN. El juez establecerá un plazo prudencial de treinta (30) días⁶³ para cumplir con la notificación. Asimismo, podrá solicitar al representante que ponga a disposición de los interesados una página de Internet y una dirección de correo electrónico a fin de mantenerlos informados sobre el progreso de la acción y formular las consultas que estimen pertinentes. En caso de que no se pueda localizar a uno o varios miembros del grupo, el juez podrá disponer su citación por edictos o por medio de una solicitada en alguno de los diarios de mayor circulación del país para lo cual fijará un plazo de diez (10) días. Cursada la notificación, el juez contará con idéntico plazo para resolver la composición de la clase o grupo previa a la citación de la audiencia de grupo (aquí se expedirá tanto sobre la admisión o no de los miembros de la clase como sobre su exclusión). La falta de presentación oportuna de un miembro del grupo fuera del plazo establecido no impedirá su incorporación posterior, pero sólo respecto a las etapas sucesivas. Su presentación posterior no tendrá efectos respecto de las etapas precluidas. El juez podrá dividir la clase en subgrupos por razones de economía y en el caso de intereses divergentes entre sus miembros disponer la elección de un representante para cada uno de ellos.⁶⁴

b. Librar oficio al Registro de Procesos Colectivos o de Grupo con el fin de que informe si existen otros procesos similares en trámite así como estado en que se encuentran.

c. Citar a las partes a una audiencia de grupo a fin de que expongan sus pretensiones, acompañen pruebas y manifiesten las alternativas para la resolución del conflicto.

2.2.2.3. Fase final: si en el acto de audiencia mediara acuerdo entre las partes, el juez fijará un plazo de treinta (30) días para que las partes presenten al tribunal una propuesta de acuerdo a ser homologado que se regirá por las disposiciones del punto 4. En caso de desacuerdo, el juez correrá traslado de la demanda por un plazo de diez (10) días, oportunidad en el que las partes deberán ofrecer la totalidad de la prueba de la que intenten valerse. A tal fin, serán admisibles todos los medios de prueba contemplados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La etapa probatoria no podrá exceder el plazo de treinta (30) días,⁶⁵ vencido el cual, el juez clausurará la etapa probatoria y llamará a autos para sentencia.

2.2.2.4. Sentencia. Efectos: la sentencia en el proceso de clase tendrá efectos *erga omnes* y será oponible a todos los miembros del grupo, hayan sido parte o no en el litigio a menos que hayan solicitado expresamente su exclusión, y siempre que el resultado fuera favorable a las pretensiones del grupo. Si la acción fuera desestimada por insuficiencia de pruebas, podrá ser iniciada nuevamente por cualquiera de los miembros del grupo en forma individual u otro legitimado distinto del promotor inicial. Si fuera rechazada, sólo los

62. La reglamentación posterior determinará el contenido de la notificación. A modo ejemplificativo corresponde enunciar los siguientes: datos del juicio, objeto de la demanda, pretensiones, posibilidades para el miembro del grupo (ya sea que decida participar en el pleito o excluirse), efecto de la sentencia, alcance de la cosa juzgada, forma de ejecución y ejercicio de eventuales acciones individuales, alcance de los acuerdos conciliatorios que se celebren, etc.

63. Este plazo podrá ser ampliado en razón de la complejidad, importancia o intereses involucrados en el pleito, observándose en lo pertinente las reglas de ampliación de plazo que ofrece el CPCCN.

64. Se busca que el proceso de clase sea un mecanismo rápido y eficaz para la tutela de derechos vulnerados y que propenda a la participación activa de los interesados. El precepto funciona como una suerte de sanción ejemplificadora para aquel litigante perezoso a fin de que no perjudique con su accionar, la defensa del conjunto.

65. Esto funciona como una suerte de incentivo para las partes. El objetivo es descartar aquella prueba circunstancial y meramente dilatoria y centrar la atención en la que sea más conducente a la resolución del litigio.

miembros del grupo en forma individual podrán iniciar un nuevo juicio.

2.2.2.5. **Condena:** la sentencia podrá condenar a:

2.2.2.5.1. Una obligación de hacer o no hacer, en cuyo caso el juez dispondrá las medidas para hacerla efectiva en la práctica, pudiendo incluso fijar multas para el caso de incumplimiento. Las sumas obtenidas por dicho concepto se destinarán al Fondo de Defensa de Procesos Colectivos o de Grupo. Si la prestación de hacer fuera de imposible cumplimiento, el juez podrá sustituirla por el abono de daños y perjuicios, cuyo monto será fijado en la etapa de ejecución de sentencia.

2.2.2.5.2. Una obligación de dar. La suma indemnizatoria obtenida en concepto de reparación a un daño causado colectivamente se destinará al Fondo de Defensa de Procesos Colectivos o de Grupo. Sin perjuicio de ello, los miembros individuales del grupo podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales en la etapa de ejecución de sentencia.

2.2.2.6. **Ejecución:** la sentencia que haga lugar a la acción fijará la responsabilidad de la demandada y la condena pecuniaria que corresponda abonar tanto al grupo como a sus integrantes. La ejecución se efectuará en forma colectiva, pudiendo el juez fijar la suma que corresponda a los miembros del grupo considerados colectiva e individualmente.

En el primer caso –condena pecuniaria colectiva–, se procederá de acuerdo a lo previsto en los puntos 2.5.I y 2.5.II, oportunidad en la que el juez deberá fijar la suma destinada al Fondo de Defensa de Procesos Colectivos o de Grupo y determinar de qué forma se invertirán los recursos. En el segundo caso –condena pecuniaria individual–, el juez fijará la suma en concepto de indemnización que corresponda a cada uno de los sujetos. Si ello no fuera posible, ordenará a los interesados iniciar el correspondiente incidente de liquidación donde acrediten, sumariamente sus daños y ofrezcan la prueba pertinente. Lo expuesto es válido también para quienes hayan decidido la suspensión de la acción individual, pudiendo invocar los efectos del juicio colectivo. Aquellos miembros que hayan solicitado la exclusión del grupo tienen a salvo la promoción de la acción individual. Quienes no se hayan presentado oportunamente, podrán hacerlo en esta ocasión. En todos los casos, se deberá dar adecuada publicidad de la sentencia. El plazo para la promoción de la liquidación correspondiente es de dos (2) años contados desde que la sentencia quedo firme.

2.2.3 **Clase pasiva**

Serán de aplicación las disposiciones referidas a la clase activa siempre y cuando no sean incompatibles. La clase pasiva podrá ser representada por cualquiera de los legitimados establecidos en los puntos 1. c.I. y 1.c.IV. o por cualquiera de los miembros que decida asumir su representación. La sentencia obligará a todos los miembros, se hayan constituido en parte o no, en el plano colectivo, quedando a salvo las eventuales defensas que puedan ejercer los miembros de la clase pasiva a título individual.

Acuerdos conciliatorios: los acuerdos conciliatorios sólo podrán tener por objeto la satisfacción de pretensiones que atañen a la clase o grupo y no pretensiones individuales. Previo a la homologación del acuerdo, el juez deberá comprobar:

2.2.3.1. Que el representante del grupo o clase haya notificado fehacientemente a todos los miembros del grupo o clase que hubieren participado en el proceso sobre el objeto, modalidades y alcance del convenio;

2.2.3.2. Que el acuerdo cuente con la adhesión de la mayoría de sus miembros. Quienes

no estén de acuerdo podrán proseguir con sus pretensiones en forma individual.

Acreditados los extremos señalados en los puntos 3.I y 3.II, el juez procederá a homologar el convenio el que será oponible sólo a las partes que lo hubiera suscripto.

2.2.4. Litispendencia y conexidad de acciones

Si se iniciarán dos acciones colectivas vinculadas a una misma controversia, el juez dará curso a la primera acción y procederá a extinguir la segunda acción. Sin perjuicio de ello, podrá incorporar a los sujetos promotores de este segundo proceso en el juicio ya iniciado de conformidad con las reglas del punto 1.f. La acción individual no genera litispendencia respecto a la colectiva, pero si se promovieran simultáneamente, el juez dará prioridad a la acción colectiva sin perjuicio de disponer la acumulación de la ejercida en forma individual en caso de que lo estime conveniente.⁶⁶ En este caso, notificará al demandante particular sobre la existencia del proceso colectivo a fin de que éste suspenda la acción individual a resultas del proceso colectivo. El litigante cuenta con un plazo de diez treinta (30) días para manifestar su decisión de continuar con la acción o suspenderla. El silencio se interpreta como negación a la suspensión. En consecuencia, si la demanda fuera admitida, no podrá invocar los beneficios de su resultado. Por el contrario, si el promotor de una demanda individual decidiera suspenderla, el rechazo de la acción colectiva, o su desistimiento por falta de pruebas, no inhibe a éste de proseguir con el trámite individual.

2.2.5. Fondo de Defensa de Procesos Colectivos o de Grupo

El fondo será administrado por el Ministerio Público y para su integración se tendrá en cuenta:

2.2.5.1. Un porcentaje de la tasa de justicia que será fijado anualmente;

2.2.5.2. Las multas que el juez aplique por la mala conducta de los litigantes o por el incumplimiento de las medidas cautelares, acuerdos o sentencias que se dicte en el proceso de clase o grupo;

2.2.5.3. Aportes a cargo de las empresas privadas, públicas u organismos del Estado cuando por su conducta se ocasionen daños a bienes colectivos.

Asimismo, se deberá poner en conocimiento del fondo todo inicio de acciones relacionadas con procesos colectivos o grupales.

2.2.6. Gastos, honorarios y costas

Los miembros del grupo procurarán no adelantar gastos. Los gastos que demande la promoción de la acción quedarán a cargo del promotor sin perjuicio de que si se hiciera lugar a la demanda, el juez pueda reconocerle una gratificación y compensarle los gastos, previa liquidación. Los honorarios y costas serán abonados por la parte vencida. Si la acción fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, los gastos correrán en el orden causado.

2.2.7. Disposiciones finales

2.2.7.1. Interpretación: las disposiciones de esta ley deberán interpretarse en forma flexible, cuidando de asegurar la tutela de los derechos protegidos en el punto 2.

2.2.7.2. Principio pro actione: en caso de duda acerca de la procedencia o improcedencia

66. En este caso, la acción individual queda absorbida por la colectiva, siempre y cuando su resultado sea favorable. Caso contrario se procede como se enuncia en la segunda parte.

de la acción como proceso colectivo o de grupo, se estará a su admisibilidad.

2.2.7.3. Aplicación supletoria: en todo lo que no haya sido materia de regulación, se aplicara supletoriamente el CPCCN.

2.2.7.4. Adhesión: se invita a las provincias a adherir a las disposiciones de esta ley siempre que la presente reglamentación no sea incompatible con sus propias regulaciones internas.

III. CONCLUSIÓN

"Las Acciones Colectivas no sólo amplían la puerta de entrada a la Justicia, sino también la puerta de salida dando solución y definición jurídica a mayor número de personas: incluso aquellas que no litigan."⁶⁷

Celebramos el fallo Halabi, que da nacimiento a las acciones de clase cuyas sentencias dejan de tener efectos en el caso concreto, para beneficiar a todos los sujetos afectados por un hecho o una norma cuestionada. En este primer precedente, la decisión de la Corte versa sobre derechos de índole no patrimonial, pero en la medida que esta nueva acción se extiende a cuestiones patrimoniales, seguramente mejorará el acceso a la justicia, y permitirá un funcionamiento más rápido y eficaz de ésta, evitando el desborde judicial.

El fallo comentado delinea los elementos esenciales que se deben configurar para la procedencia de este tipo de acciones: 1. La existencia de un hecho único o complejo que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; 2. La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo pueda peticionar en forma singular; y 3. El interés individual considerado aisladamente no debe justificar la promoción de una el demanda.

Si bien el fallo mencionado, y la LDC, con respecto a consumidores y usuarios delinea las acciones de clase, para que el sueño se haga realidad hace falta una ley que reglamente específicamente las acciones de clase, que minimice potenciales conductas oportunistas de distintos actores sociales que, valiéndose de un instrumento útil y necesario, eventualmente desvirtúen repartiendo así inequitativamente los costes transaccionales.

Ya lo ha dicho mejor el gran Víctor Hugo: "no hay nada más poderoso en el mundo, que una idea cuyo momento ha llegado". Y este es el momento de regular las acciones colectivas, señores legisladores...

IV. ANEXO

PROYECTOS DEL SENADOR EDUARDO BAUZÁ (SIN ESTADO PARLAMENTARIO) PRESENTADOS POR: EN 2002

El trámite parlamentario caducó el 28 de febrero del mismo año (García Pullés, 2002). El mismo está dividido en etapas, entre las que se destacan: a) Identificación de los procesos de clase y su ámbito de aplicación. Se fijaron distintos criterios orientadores, a saber: interés común, es decir un interés jurídico coparticipado no necesariamente en la titularidad, sino principalmente en la causa fuente del conflicto, que permita comprender que el juicio sobre

67. Palabras pronunciadas por Guillermo Ortiz Mayagoitia, presidente de la SCJN de México en la inauguración del Seminario de Acciones Colectivas organizado por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado de la República y el Instituto Tecnológico Autónomo de México los días 27 y 28 de marzo de 2008 en la sede alterna de la Suprema Corte.

esa causa incidirá en las demás controversias; condición de la víctima (criterio orientado a la unión de los sujetos dañados por un mismo acto); domicilio; relación contractual o legal (en el caso, por ejemplo, de acciones entre sus titulares y los órganos sociales, beneficiarios de seguros, etc). Las especies del art. 2º remite a lo expuesto en la Regla 23 del derecho americano. En el art. 3º se estipulan los casos que darán lugar a la procedencia de estas acciones: actos que concreten cualquier forma de discriminación o en resguardo de los derechos a la protección del medio ambiente, la defensa de la competencia y el control de monopolios, la defensa del usuario y consumidor en tanto cualquiera de ellas no estuviere destinada asegurar, constituir, determinar, extinguir, modificar situaciones jurídicas o despejar la incertidumbre respecto de situaciones jurídicas individuales, exclusivamente referidas al sujeto reclamante. En cuanto a la legitimación procesal no difieren, en lo sustancial, los recaudos que fija la Constitución Nacional b) Procedimiento preliminar: 1) asignación: el juez debe resolver, en primer término, si corresponde asignar al proceso el trámite de acción de clase. El proyecto plantea tres alternativas: petición por el actor; petición por el demandado para lo cual se fija un plazo de cinco (5) días de notificada la demanda; de oficio. (art. 6º); 2) resolución de la asignación (art. 8º): es de trascendental importancia porque exige la participación diligente del promotor de la acción con el apereamiento de separarlo de su condición de tal y avanzar en el trámite mediante la intervención de terceros (caso del Defensor del Pueblo, Ministerio Público. Así se exige al accionante la denuncia de la composición de la clase, el domicilio de otros integrantes, el medio más idóneo para proceder a la notificación de sus integrantes, el libramiento de oficio al Registro de Acciones de Clase (regulado en los arts. 10º a 12º), la fijación de una audiencia para la designación del representante provisional quien tendrá a su cargo las primeras diligencias procesales (art.13º). También establece que cuando el Defensor del Pueblo no fuera designado representante de la clase, será tenido igualmente como parte necesaria. 3) citación a la integración de la clase (arts. 15º a 17º): se contempla la comunicación por cédula de los integrantes de la clase identificados por su promotor y a los demás que el juez identifique como posibles interesados, pero también una notificación por edictos en el Boletín Oficial y en uno o más diarios de circulación de la jurisdicción del Tribunal. Esta notificación es de fundamental importancia ya que mediante ella los interesados pueden manifestar su voluntad de ser tenidos como miembros de la clase o solicitar su exclusión. 4) clausura del procedimiento preliminar (arts. 18º a 20º): el secretario del Tribunal o el juez interviniente deberán certificar el cumplimiento de los requisitos que se fijan en el procedimiento preliminar. Producida la certificación actuarial, el Juez resolverá sobre la admisión o rechazo de las peticiones de inclusión y exclusión y la convocatoria de los admitidos a la audiencia en la que se realizará la Junta de Clase c) Elección del representante. Convocatoria a la Junta de Clase: el proyecto plantea cuatro (4) alternativas distintas para proceder a la elección del representante de la clase: a) designación por ley, sea que ésta los enuncie de entre los integrantes de la clase o fuera de ella y que la decisión se adopte en forma reglada o quede a discrecionalidad del magistrado; b) designación por parte del magistrado, también aquí entre los integrantes de la clase o sin tal limitación, dando pautas para dicha selección; c) la elección del promotor del proceso; d) la elección por votación de la clase. Quien sea designado como representante deberá acreditar las condiciones de infraestructura material y de personal a los fines de informar a los integrantes de la clase sobre el estado del proceso. En la Junta de Clase (reunión de los integrantes admitidos y de los legitimados externos como las asociaciones civiles que se hubieran presentado para intervenir o ser designadas como representantes de la clase, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público) se procederá a la designación del representante definitivo de la clase, la aprobación de instrucciones especial a otorgar a tal representante y la designación de las fechas de juntas informativas Las juntas informativas tienen la finalidad de hacer saber

a los integrantes de la clase la existencia de estas reuniones, dejarlos notificados sobre las fechas de su producción, imponer desde el inicio, el deber de rendir cuentas periódicas al representante de la clase.(arts. 26° a 29°) d) La sentencia y sus efectos: la sentencia que se dicte en un proceso de clase será oponible a las partes del proceso, es decir, a aquellos que se hubieran incorporado expresamente a la clase como a quienes no hayan concurrido a solicitar su exclusión. (arts. 39° y 40°) El proyecto contempla la posibilidad de recurrir a acuerdos conciliatorios (arts. 41° y 42°) pero sujetándolos al cumplimiento de determinados requisitos. Así, por ejemplo, se exige la convocatoria a una junta especial con notificación personal o por cédula a cada miembro de la clase, un quórum de más del 50% de sus integrantes y una votación favorable de las 2/3 partes de los miembros presentes.

PROYECTO DEL SENADOR ANTONIO M. FERNÁNDEZ, (SIN ESTADO PARLAMENTARIO)

El proyecto ha sido comentado por Ekmekdjian (1994). El proyecto está dividido en 16 artículos que regulan la procedencia, legitimación, trámite, etc., de las acciones destinadas a la tutela de los intereses colectivos y difusos. En su art. 1° establece que procederá una acción judicial para la protección de los intereses difusos o colectivos derivados de hechos, actos u omisiones, en cuyo caso se podrá solicitar la condena de los responsables al pago de los daños y perjuicios producidos y/o que se ordene la cesación de los hechos, actos u omisiones lesivos de dichos intereses. Dichas acciones, conforme su art. 2°, tendrán por objeto la paralización de la contaminación del medio ambiente o cualquier daño al ecosistema o vinculado a la calidad de vida. La sentencia judicial busca la reparación en especie del daño causado, tratando de volver las cosas al estado anterior a la producción del hecho, acto u omisión lesivos del interés legítimo o difuso. En caso de que ello no fuera posible fijará prudencialmente el resarcimiento que corresponda (art. 3°). Se confiere legitimación para accionar al Ministerio Público, quien será parte obligatoria en todas las causas salvo que entendiera que no hay fundamento en la demanda; las asociaciones o entidades públicas o privadas con personería jurídica; por una o más personas físicas, titulares del interés difuso o legítimo que se encuentren perjudicados por el hecho, acto u omisión (art. 4°) Asimismo, el proyecto dispone la acumulación de acciones y la creación de un registro de acciones populares (art. 5° y 6°) En cuanto al trámite, el proyecto remite a lo dispuesto por la ley 16.986 que regula la acción de amparo a nivel nacional la que se aplica en forma supletoria - con algunas salvedades: publicidad de la demanda, se dispone un plazo para la adhesión de las personas públicas o privadas, el juez debe o bien rechazar *in limine* la acción u ordenar su traslado (arts. 8° a 11°). La sentencia debe determinar quiénes son las personas que integran el o los grupos o categorías de individuos a quienes se extenderán sus efectos (art. 12°). Se dispone que los efectos de la cosa juzgada no podrá ser invocada por quienes no hayan sido parte en el juicio o no estén incluidos en los grupos o categorías previamente establecidos (art. 13°). La apelación de la sentencia así como de las medidas cautelares se concede con efecto devolutivo salvo en lo atinente a la indemnización de daños y perjuicios y costas (art. 14°). Asimismo, cuando no fuese posible determinar el monto de los daños, el proyecto establece tres (3) posibilidades a) revisar la condena pecuniaria por un período de dos años; b) diferir la responsabilidad patrimonial; y c) promover un nuevo juicio en el que se discuta solamente la cuantía de la indemnización.

PROYECTO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CABA, (SIN ESTADO PARLAMENTARIO)

El proyecto cuenta con 16 artículos donde se regula lo atinente a la legitimación procesal, la vía procesal, conformación de la clase, los efectos de la sentencia respecto a los incorporados a la clase y los excluidos, la cosa juzgada, etc. La legitimación procesal se

concede, principalmente, al hacedor del proyecto: la Defensoría del Pueblo en el caso de afectación de los derechos señalados por el art. 43, segundo párrafo de la CN y 14, segundo párrafo de la Constitución porteña, lo que no excluye a los restantes legitimados. (art. 1º). Es importante destacar que el mentado proyecto delimita qué se debe entender por proceso de clase en los siguientes términos: se consideran acciones de clase o grupo de personas aquéllas en que la cuestión fuera de interés general o común a muchas personas que a criterio del Defensor o Defensora del Pueblo, se presume que por falta de medios, ignorancia, escaso valor económico individual del reclamo, descreimiento o cualquier otra causa que pueda constituir un obstáculo para la acción individual, se hiciera necesario o conveniente la concentración de la acción y la integración de la litis con los afectados en la forma que se establece en la presente ley. En caso de duda deberá optarse la por substanciación de la acción. (art. 2º) En cuanto a la vía procesal elegida, remite al proceso de amparo, la acción meramente declarativa o la directa de inconstitucionalidad o aquella que a criterio del Juez o Tribunal interviniente resulte más idónea. Para el caso de que se demande por la afectación de los derechos de consumidores y usuarios remite al procedimiento sumarísimo establecido en el art. 53 de la ley 24.240 (art. 3º). Los arts. 5º y 6º del proyecto establecen las consecuencias para los casos en que se prescinda de individualización o participación necesaria de los miembros de la clase. En el primer caso, se prescinde de la participación activa de las personas comprendidas en la clase o grupo cuando se accione en virtud de los derechos difusos o de incidencia colectiva, en cuyo caso se establece que la condena que haga lugar a la acción continuará su ejecución por el propio Defensor o Defensora del Pueblo. En el segundo supuesto participación necesaria el Juez o Tribunal citará correrá traslado de la demanda y citará a los integrantes de la clase mediante avisos publicitarios en los diarios de circulación masiva. También se contempla la no incorporación a la clase de aquellos miembros que no se sientan debidamente representados (art. 9º) y la exclusión de quienes, aun perteneciendo a la clase, no se presentaren en los plazos oportunamente fijados por el juez. (art. 10º) Se crea un Registro de partes adherentes a los fines de la inscripción de los presuntos interesados (art. 7º) La cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* a menos que sea absolutoria de pruebas en cuyo caso se podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso por parte de cualquier legitimado (art. 10º) Se extiende la posibilidad de ejercer este tipo de acciones a las asociaciones a que se refiere el art. 43 de la C.N. y 14 de la Constitución local. (art. 15º)

PROYECTO DE QUIROGA LAVIÉ EN 1998 (SIN ESTADO PARLAMENTARIO)

El 8/5/2005 se presento en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que lleva el número D 3429. El proyecto no difiere, en lo sustancial del resto de los proyectos antes comentados. Así contempla disposiciones referidas al ámbito de aplicación, a la legitimación activa y pasiva, al procedimiento en sí (requisitos de admisibilidad, asignación, creación del registro de clase, citación a la integración de la clase, decisión sobre las exclusiones, propuestas para la elección del representante, junta de clase, participación posterior del Ministerio Publico y el Defensor del Pueblo, notificaciones, acción de reparación pecuniaria y fondo de garantía, sentencia, efectos y ejecución de sentencia).

PROYECTO DEL DIPUTADO DR. ÁNGEL ENZO BALTUZZI (SIN ESTADO PARLAMENTARIO)

Una consulta más exhaustiva del mismo se puede realizar en <www.diputados.gov.ar/proyectos>. Dispone que las normas de la presente ley tendrán vigencia en todo el territorio de la Nación cualquiera fuera el tribunal que las aplique, lo que no obstará a las que rijan en el derecho público provincial o la Ciudad de Buenos Aires (art. 2º). Las acciones en defensa de los intereses y derechos de incidencia colectiva tienen por fin prevenir el daño colectivo

o cesar los perjuicios actuales o bien, reparar los daños colectivos (art. 3°). En cuanto a la jurisdicción serán competentes los tribunales nacionales o locales de cualquier fuero según que el acto u omisión lesiva corresponda al ámbito local o provincial. (arts. 4° y 5°). La legitimación se coloca en cabeza de los legitimados del art. 43 de la C.N pero los sujeta a determinados requisitos: a) el Defensor del Pueblo, basta que acredite su condición de tal, b) las asociaciones deberán estar inscriptas en el registro respectivo. Si ello no fuera posible, bastará la declaración jurada de los representantes de la respectiva asociación. Asimismo se establece que bastará la intervención de una sola de ellas en el caso de particulares afectados que no tuvieran pretensiones individuales en defensa de derechos individuales suficientemente determinados quedando excluidos del trámite del amparo colectivo.; c) los particulares afectados deberán indicar su pertenencia al grupo o sector que se encuentra afectado en forma colectiva (art. 7° y 8°). La legitimación pasiva es amplia (personas públicas y privadas, el Estado y las demás personas jurídicas públicas) (art. 10°). Promovida la acción se dará a publicidad por edictos, televisión, radio, prensa o cualquier otro medio que el magistrado juzgue conveniente; se dará intervención al Defensor del Pueblo y al Defensor General y se citará a intervenir a las asociaciones del respectivo sector afectado. El mecanismo es prácticamente idéntico al del amparo (traslado por cuarenta y ocho (48) hs y contestación en cinco (5) días hábiles) Una vez trabada la litis el juez citará a la audiencia de vista de causa a fin de que las partes presenten las pruebas pertinentes. En la sentencia el juez podrá aplicar multas al litigante malicioso. La resolución definitiva hace cosa juzgada respecto de todos los miembros del grupo o clase de personas representados por los legitimados que actúan en el pleito pero no respecto de los afectados que hubieran presentado sus propias reclamaciones cuando estuvieren referidas a pretensiones patrimoniales suficientemente determinadas (arts.15° a 24°) El juez podrá reservar la revisión de la condena durante el lapso improrrogable de dos (2) años desde que el fallo quedó firme cuando no sea posible determinar las consecuencias futuras del daño (art. 26°) En el curso del proceso se pueden plantear medidas cautelares aún antes de notificarse la acción (art. 28°). Se crea un fondo de garantía integrado por todos los importes por multas y sanciones e indemnizaciones y administrado por el Defensor del Pueblo (art. 30° y 31°). También en el caso de consumidores y usuarios se crea un Registro de Cláusulas Abusivas que llevará el Defensor del Pueblo de la Nación donde se den a publicidad las resoluciones judiciales vinculadas con aquéllos (arts. 32° y 33°) La ejecución de sentencia estará a cargo del juez de primera instancia interviniente y adoptará los medios necesarios para que sea cumplida en todos los casos a los que se extienda los efectos de la cosa juzgada.(art. 34°)

PROYECTO S-1412/09 DE LILIANA T. NEGRE DE ALONSO, S-1496/09, S-1786/09,

Una consulta más exhaustiva del mismo se puede realizar en <www.diputados.gov.ar/proyectos>.

PROYECTO DE JULIO JUAN PIUMATO (NRO. DE EPTE. 6010-D-2009, TRÁMITE PARLAMENTARIO 173 04/12/2009)

Capítulo I.- Ámbito de aplicación, legitimación y derechos protegidos.

Artículo 1°.- Toda persona en forma personal o en representación de otras, podrá presentar una acción de clase siempre que la pretensión involucre o pueda involucrar en forma directa o indirecta, como legitimados activos o pasivos, a uno o varios grupos de personas, calificados de manera que los distinga de entre los demás ciudadanos de la jurisdicción del Tribunal como integrantes de una clase, en dichos casos deberá iniciar la presente acción en los términos de la presente ley.

Artículo 2º.- Se considera "clase" en los términos de esta ley, a la semejanza o similitud en personas por su interés, condición de damnificado, domicilio, relación contractual o legal u otras circunstancias que a criterio del juez podrá obtener el calificativo de clase. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva.

Artículo 3º. Deberán someterse al trámite de esta ley las acciones personales o colectivas que se promuevan en defensa de derechos individuales homogéneos de incidencia colectiva. Se rechazará toda acción que no pueda probar una lesión a ese derecho y de ese modo configurar una cuestión justiciable. Tampoco será viable en pleitos de cariz estrictamente patrimonial, que por sus características especiales obligan a su tramitación particular, ni serán admitidos las cuestiones laborales al tener estos su propia estructura representativa, como la sindical, con expresa protección constitucional.

Artículo 4º.- Cuando se tratare de acciones de clase, las mismas tramitarán por la vía de juicios sumarísimos con un procedimientos abreviados en cuanto a lo fáctico. El juez podrá rechazar *in limine* aquellas presentaciones que no reúnan los recaudos mínimos para asegurar una adecuada representación y defensa de los intereses de la clase. La resolución desestimatoria será susceptible de recurso de apelación, que se concederá al sólo efecto devolutivo.

Artículo 5º.- El que inicia una acción de clase tendrá que explicar al juez en el escrito de inicio cómo ha conformado la clase, cuáles son sus intereses, que sus intereses no confrontan con los del resto de ese grupo, y además tendrá que demostrar que posee la capacidad física profesional de llevar adelante un juicio de este tipo, cuántos recursos económicos tiene el estudio jurídico contratado, con cuántas personas cuenta para llevar adelante el juicio, y demás cuestiones que el juez requiriese a los efectos de asumir capacidad ejecutiva y operativa para representarlos, lo que se denominará análisis "proxy".

Capítulo II.- Auto de certificación.

Artículo 6º.- Una vez que se ha demostrado lo expresado en los artículos anteriores, el juez dicta un primer auto que es lo que se llama "auto de certificación", un despacho importante en el proceso, a partir de la cual el proceso tramita como acción de clase o como acción individual. Con la certificación se demuestra que la clase existe, que el demandante la puede representar y, que no hay un conflicto interno de intereses. Por lo tanto en esta etapa existe una homogeneidad básica que el juez mide de acuerdo con su personal discrecionalidad.

Artículo 7º.- El procedimiento de la mediación obligatoria, no será de aplicación a las acciones de clase.

Capítulo III. Audiencia preliminar.

Artículo 8º.- La resolución que disponga la sujeción del proceso al trámite de la "acción de clase" deberá disponer la fijación de una audiencia a celebrarse dentro del plazo máximo de diez (10) días contados desde la fecha de la providencia. Esta providencia será notificada personalmente o por cédula al demandante, a los representantes del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa correspondientes al Tribunal en el que se incoara la litis, y al Defensor del Pueblo de la Nación. Las cédulas deberán diligenciarse con carácter urgente.

Artículo 9º.- La resolución que disponga la sujeción del proceso al trámite de la acción

de clase será irrecurrible; aquélla que lo rechace podrá ser objeto de recurso de apelación que deberá concederse en relación y al sólo efecto devolutivo.

Capítulo IV. Registro de Procesos de Clase. Inscripción e informes previos.

Artículo 10º.- Créase el Registro de Acciones de Clase, que funcionará como dependencia del Registro de Juicios Universales del Poder Judicial de la Nación, en el que se registrarán todos los procesos iniciados a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, a los que se asigne el trámite de acción de clase.

Artículo 11.- Cuando del análisis integral de los dos procesos resultara que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continuidad, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia de aquél podrá decidir lo que constituya la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio bajo su dirección, el juez que tuviera a su cargo el proceso registrado con posterioridad deberá disponer la remisión del expediente al tribunal que estuviera interviniendo en el expediente anterior, si perteneciera a la jurisdicción nacional, en caso contrario dispondrá su archivo.

Capítulo V.- Representante provisional de la clase.

Artículo 12.- En la audiencia a que se refiere el artículo 8º, el juez designará un representante provisional de la clase, quien tendrá a su cargo la realización de los actos procesales conservatorios y los demás necesarios hasta su definitiva integración y el deber de informar a quienes pretendan su integración a la clase sobre las características del proceso.

Artículo 13.- La designación judicial podrá recaer en el solicitante o en cualquier otro integrante de la clase que se hubiera presentado al proceso cuando fueran abogados o procuradores, en los letrados patrocinantes o apoderados de cualesquiera de ellos, en el Defensor del Pueblo de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa Oficial o en una Asociación que propenda a la defensa de los intereses colectivos que se intentan proteger con la demanda que se hubiera presentado en la causa, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del caso.

Artículo 14.- En el acto de la audiencia, el juez dispondrá la citación de los integrantes de la clase por el plazo de treinta (30) días hábiles, para que se presenten a integrarse a la actora o a manifestar su voluntad de no ser incluidos en la clase. Por resolución fundada y en atención a las circunstancias del caso el juez competente podrá abreviar el plazo de citación, que nunca podrá ser menor de diez (10) días hábiles. Para llevar a cabo dicha citación se deberá librar oficio al Registro Nacional de las Personas, a la Secretaría Electoral de la Nación y Ministerio del Interior, y se deberá enviar cartas si más o menos hay algunas personas identificadas. Para el supuesto caso de no poder hallar a las personas en los domicilios informados por organismos oficiales descriptos, se librarán edictos por tres (3) días en el Boletín Oficial y en los diarios de mayor circulación del lugar donde se produjo el daño, bajo apercibimiento de designar un defensor oficial.

Artículo 15.- El Magistrado interviniente podrá ordenar la publicación en diarios de amplia circulación en otras jurisdicciones judiciales, cuando lo considere necesario a fin de asegurar un adecuado conocimiento a los eventuales integrantes de la clase sobre la existencia del proceso.

Artículo 16.- Los edictos deberán indicar: 1) El número de expediente y su carátula; 2) El Juzgado y secretaría en que tramita; 3) La descripción sumaria de las razones por las que se asignó al proceso el trámite de acción de clase; 4) El relato sintético del objeto del

juicio y los fundamentos principales de la demanda; 5) La indicación del nombre, apellido y domicilio constituido de la persona o funcionario que fuera designado para la representación provisional de la clase hasta su definitiva integración; 6) Se indicará que toda persona que pudiere considerarse incluida en la clase podrá, dentro del plazo de la citación, solicitar se declare incluida en la clase, demostrando sumariamente su condición de integrante de la clase. 7) En su última parte, se dejará constancia que en el supuesto caso de que a pesar de pertenecer a dicha clase decida no presentarse podrá invocar los efectos de la sentencia que pudiera dictarse.

Capítulo VI. Sentencia y recursos judiciales.

Artículo 17.- Transcurrido el plazo determinado en el artículo 14, de oficio o a petición de parte, el Magistrado interviniente resolverá expresamente la admisión o el rechazo expreso y en forma individual, de cada una de las peticiones de la pretensión de clase, con efectos "erga omnes de clase". En la parte dispositiva de la sentencia se realizará la convocatoria a todos aquellos que hubieran sido admitidos, a una audiencia en la que se realizará la Junta de Clase, que se llevará a cabo dentro de un plazo no mayor a quince (15) días de la fecha de este pronunciamiento, a los fines de la elección del representante judicial definitivo de la clase.

Artículo 18.- La resolución podrá ser apelable en relación y con efecto devolutivo. Los demás contenidos de la resolución a que se refiere el artículo 17 serán inapelables.

Capítulo VII.- Otros presentantes en la acción de clase.

Artículo 19.- En los mismos términos y con iguales fines podrán presentarse las asociaciones civiles cuyo objeto propenda de modo directo a la defensa de los intereses de la clase, el Ministerio Público de la Defensa y el Defensor del Pueblo de la Nación.

Artículo 20.- El juez formará un incidente con todos los ejemplares de las presentaciones que se realizaran en el proceso con todas las constancias y documentaciones que considere pertinente el juez de la causa.

Artículo 21.- Las Asociaciones y el Defensor del Pueblo de la Nación y a que alude el artículo 19 podrán intervenir en el debate y votar en la Junta de Clase, cuando se hubieran presentado al proceso y solicitado su designación como representantes definitivos de la clase.

Capítulo VIII.- Vía sumarísima. Supletoriedad de la ley de amparo.

Artículo 22.- La presente acción al tener un procedimiento sumarísimo no se admitirá la excepciones previas y de especial, demás pruebas superfluas que sean consideradas retardatorias del proceso. A todos los fines se aplicará en forma supletoria la ley de amparo y del proceso sumarísimo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

PROYECTO DE JOSÉ ANTONIO VILARIÑO, OSVALDO RUBÉN SALUM Y MARÍA INÉS DIEZ, (NRO. DE EXPTE. 2199-D-2009, TRÁMITE PARLAMENTARIO 42 07/05/2009)

Artículo 1º: Requisitos para una acción de clase. Uno o más miembros de una clase podrá demandar o ser demandados como los representantes de todas las personas que integren la clase si se cumplen las siguientes condiciones: 1. Que la clase sea tan numerosa que el litis consorcio que las incluya sea impracticable, 2. Que las cuestiones de derecho o de hecho que deban ser resueltas en el pelito sean comunes a toda la clase. 3. Que las pretensiones o defensas sostenidas por los representantes de la clase sean característicos de las pretensiones o defensas sostenidas por toda la clase. 4. Que los representantes de la clase protejan en forma justa y adecuada los intereses de la clase. Artículo 2º: La admisibilidad de

la acción de clase. Una acción puede ser admitida como una acción de clase si se cumplen los requisitos del artículo anterior y asimismo se cumplen los siguientes: 1. Que la realización de acciones judiciales separadas, ya sea por demandas o contestaciones de demanda por miembros individuales de la clase crearía el riesgo de: a) Decisiones judiciales incompatibles o inconsistentes con respecto a los miembros individuales de la clase que pudieran establecer respuestas diferentes para la parte que se opone a la clase, o b) Decisiones judiciales con respecto a los miembros individuales de la clase que por sus efectos prácticos tuvieran consecuencias sobre los intereses de los otros miembros de la clase o de quienes no fueran parte del proceso. O que limitarían sustancialmente o c) impedirían su capacidad de proteger sus propios derechos. O, 2. Que el tribunal considere que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre otras cuestiones que afecten solamente a los miembros individuales de la misma, y que la acción de clase sea superior a cualquier otro método para la solución justa y eficiente de la controversia. Para tomar su decisión el tribunal tomará en cuenta, a) el interés que los miembros de la clase tengan en controlar individualmente el desarrollo de la demanda iniciada o de su contestación, a través de acciones diferentes. b) La extensión y las características de cualquier litigio concerniente a la controversia iniciada en favor o en contra de los miembros de la clase. c) El deseo que demuestren los miembros de una clase de concentrar el litigio en un foro particular. d) Las dificultades que pudieran encontrarse en el manejo de una acción de clase.

Artículo 3º: Derechos de incidencia colectiva y acciones de clase. Conjuntamente con las situaciones mencionadas anteriormente podrán someterse al trámite de esta ley las acciones que se promuevan en defensa de derechos de incidencia colectiva contra actos que fueran contrarios a los derechos a un medio ambiente sano, a la defensa de la competencia o a los derechos de los usuarios de servicios públicos. Quedarán excluidas de este procedimiento las acciones referidas a situaciones jurídicas individuales que no tuvieran incidencia colectiva.

Artículo 4º: Trámite de las acciones de clase. Las acciones de clase tramitarán por proceso ordinario. Cuando se trate de acciones que debieran tramitar por vía de amparo los jueces arbitrarán los medios de esta ley a la naturaleza sumaria de los trámites procesales. En caso que una acción de clase hubiera sido iniciada por un procedimiento de amparo, los jueces podrán transformar el juicio en ordinario si así lo hicieran aconsejable las circunstancias del caso.

Artículo 5º: La mediación y las acciones de clase. El procedimiento de mediación obligatoria previsto en la ley 24.573 y sus modificatorias, no será de aplicación en las acciones de clase. Los mediadores que fueran designados para intervenir en conflictos que pudieran derivar en la tramitación de acciones de clase harán saber a las partes que deberán comparecer ante el juez interviniente a los efectos de resolver sobre el trámite a otorgar al proceso con arreglo a las disposiciones de la presente ley.

Artículo 6º: La conciliación de la acción de clase. La acción de clase no podrá ser conciliada sin la aprobación del tribunal, que deberá asegurar que el acuerdo homologado llegue a conocimiento de todos los miembros de la clase. El tribunal establecerá la manera como esta comunicación sea puesta en conocimiento de todos los miembros de la clase.

Artículo 7º: La admisibilidad de la acción de clase. En el primer acto procesal luego de la iniciación de la demanda y de ser corrido el traslado correspondiente a la demandada, el juez analizará si admite la existencia de la clase que se presenta. La decisión sobre la admisibilidad de la acción de clase puede ser condicional y puede ser alterada o reformada antes de la sentencia. Si la acción fuera manifiestamente temeraria el juez podrá rechazarla *in limine*. El auto por el cual se admite una acción de clase o se deniega será apelable.

Artículo 8º: La comunicación de las acciones de clase. Con el objetivo de la protección de los integrantes de la clase, el tribunal podrá ordenar la publicación de sus decisiones por el medio que considere más apropiado para el conocimiento de todos o algunos integrantes de la clase. Estas comunicaciones podrán plantear la posibilidad de que los miembros indiquen si la representación procesal que tienen es la que consideran adecuada, o si quisieran presentar pretensiones o defensas, o cualquier otra participación dentro del proceso. El juez que haya admitido una acción de clase deberá efectuar una comunicación pública sobre su decisión. En los casos en que los miembros de una clase puedan ser identificables con un esfuerzo razonable, el juez podrá notificarlos del inicio de la demanda por el medio que considera más adecuado de acuerdo con las circunstancias. Esa notificación informará a los miembros de la clase que: 1. El tribunal excluirá de la clase únicamente a los miembros que lo soliciten dentro de un plazo determinado. 2. Que el fallo ya sea favorable o no, incluirá a todos los miembros de la clase que no soliciten expresamente su exclusión, y 3. Que cualquier miembro de la clase que no solicite su exclusión podrá, si así lo desea, hacerse representar por un letrado particular. En caso de no ejercer este derecho será representado por el letrado o letrados que representan a la clase. El juez estará autorizado a utilizar medios masivos en la comunicación de la certificación de la clase.

Artículo 9º: Efectos de la admisibilidad de la acción de clase. La providencia que declare la admisibilidad de una acción de clase el tribunal deberá incluir una descripción de las características de las personas a las que considera como pertenecientes a la clase. Una vez que el juez haya certificado la clase se considerarán incorporadas a ella todas las personas que haya descrito como pertenecientes a la clase. Las personas que perteneciendo a la clase no deseen participar de este proceso judicial deberán expresarlo por escrito. Podrán expresar su deseo de no integrar la acción de clase en cualquier momento del proceso previo a la sentencia. El tribunal podrá disponer que una clase de personas sea divididas en subclases y en estos casos cada subclase deberá ser considerada como una clase separada de las demás a los efectos del proceso.

Artículo 10º: La representación de las acciones de clase. Los letrados que inicien la acción de clase podrán solicitar al juez que se los designe representantes provisionales de la clase. Sin embargo, en el momento de designar al letrado o letrados que tengan la representación definitiva de la clase el juez interviniente deberá asegurar que los letrados patrocinantes tengan los medios adecuados para cumplir con las funciones que deberán realizar en representación de la clase. La designación del representante definitivo de la clase no impedirá la continuidad de la intervención del Defensor del Pueblo como parte necesaria del proceso. A los efectos de la tramitación del proceso la clase será considerada como una sola parte, con unificación de personería en su representante definitivo.

Artículo 11º: Registro de las acciones de clase. Créase el Registro de Acciones de Clase como dependencia del Registro de Juicios Universales del Poder Judicial de la Nación. Se registrarán en él todos los procesos iniciados a los que se asigne el trámite de acciones de clase. Se registrarán como datos mínimos, la identificación de las personas que iniciaran el proceso, la descripción de las características de la clase, la identificación del demandado, el objeto del proceso, y los nombres de los letrados que representan a la clase y sus domicilios procesales. El Registro de Acciones de Clase informará a los jueces requirentes sobre la existencia de acciones de clase ya iniciadas similares a la que se intenta certificar. En este caso el juez solicitante podrá solicitar informes al juzgado en que se tramita el proceso anterior que considere necesarios para el análisis de la cuestión planteada. El Registro de Acciones de Clase podrá informar a particulares que demuestren un interés legítimo en la

acción iniciada.

Artículo 12º: Jurisdicción Federal. En el caso en que los domicilios de los integrantes de una clase estuvieran en diferentes jurisdicciones ésta tramitará por la jurisdicción federal. En caso de conflicto será competente el juez federal de la jurisdicción en que tuvieran su domicilio el mayor número de miembros de la clase.

Artículo 13º: Normas de prueba. No se admitirá la prueba de absolución de posiciones a los integrantes de la clase ni a sus representantes. El juez podrá ampliar el número de testigos admitidos en el proceso según las circunstancias del caso.

Artículo 14º: Medidas cautelares. Quien inicia una acción de clase podrá solicitar la adopción de medidas cautelares en su escrito inicial que podrán proveerse con independencia de los procedimientos de admisibilidad de la acción de clase cuando la dilación del proceso pudiera causar gravámenes irreparables. Estas medidas deberán concederse sólo excepcionalmente. Si existiera un representante de la clase sólo él podrá solicitar la adopción de medidas cautelares.

Artículo 15º: La sentencia en una acción de clase. La sentencia en un caso admitido como una acción de clase, ya sea que la decisión sea acogiendo o desechando la demanda, deberá incluir una descripción de quienes el tribunal considera como pertenecientes a la clase. Esta descripción deberá incluir a todas las personas que no hubieran solicitado su exclusión de la acción, pero a los que el tribunal considera como pertenecientes a la clase. Si los miembros de la clase estuvieran individualizados la sentencia deberá incluir sus datos personales. La sentencia deberá indicar los nombres de las personas que perteneciendo a la clase hubieran señalado que no deseaban participar del proceso judicial. Los efectos de la sentencia serán oponibles a todos los miembros de la clase, con la sola excepción de aquellos que hubieran solicitado oportunamente su exclusión del proceso.

V. BIBLIOGRAFIA

Acciardi, H. A. (en prensa): "Class Actions", en A. Alterini y R. López Cabana (dirs.), Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Badeni, Gregorio, Entrevista sobre "El fallo de la Corte cambio el escenario y abre juego a las acciones colectivas" publicado en *iprofesional* con fecha 25/02/2009)

Basterra, M. I. (2003): "Amparo colectivo, acciones de clase y acción popular. La legitimación según el art. 43, 2º párrafo de la C.N.", en N. Sagüés (dir.), Garantías y procesos Constitucionales, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo.

Bianchi, A. B. (1998): "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala", RAP, 235, Buenos Aires.

— (2001): Las acciones de clase, Buenos Aires, Depalma-Fundación de Derecho Constitucional José Manuel de Estrada.

Bersten, H. (2004): Procedimiento judicial del consumidor en la provincia de Buenos Aires, LL, 2004-B, 1324.

Bonfanti, M. A. (2004): Deuda Externa y acciones de clase, JA 2004-I-831.

Carranza Torres, L. y Rossi, J. O. (2009): Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios, Córdoba, Alveroni Ediciones.

- Cueto Rúa, J. C. (1988): "La acción por clase de personas (class actions)", LL 1988-C-953.
- Ekmekdjian, M. (1994): Un proyecto que regula la protección judicial de los intereses difusos, LL, 1994-A, 1024/1029.
- Farina, J. M. (2008): "Defensa del Consumidor y del usuario". Comentario exegético de la ley 24240 con las reformas de la ley 26361, 4ta. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Depalma.
- Ferreres Comella, A. (2005): Las Acciones de Clase ("Class Actions") en La Ley de Enjuiciamiento Civil, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, Barcelona, noviembre.
- Flah, L. R. y Smayevsky, M. (1993): "La regulación procesal en el derecho ambiental americano. Acción popular y de clase", LL, 1993-E, 935.
- García Pullés, F. R. (2002): Acumulación de Procesos o Procesos de Clase, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Grinover, A. P. (2002): Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimização e a coisa julgada, Rio de Janeiro, Revista Forense, volumen 361.
- Linares Quintana, S. V. (1960): Acción de amparo, estudio comparado con el juicio de amparo de México, y el Mandato de seguridad de Brasil, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina.
- Leal, R. (1996): Los derechos difusos en el Brasil y los instrumentos jurisdiccionales para su protección, Revista Actualidad en Derecho Público, N° 4, mayo-agosto.
- Lorenzetti, Ricardo. Disertación en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, publicada por el Centro de información Judicial con fecha 30/04/2009)
- Lozano, M. y Pinto, H. (1998): "Legitimación e intereses difusos: últimas tendencias del derecho español", JA, 5 de agosto.
- Marín López, J. J. (2001): "Las acciones de clase en el derecho español". InDret. Facultad de Derecho Universidad de Castilla-La Mancha Barcelona, julio, disponible online en: <www.indret.com>.
- Montoya, M. D. (1996): "Standing Doctrine. Sobre la legitimación procesal activa ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos", LL Actualidad, 5 de noviembre.
- Morello, A. M. (1994): "El proceso civil colectivo", en G. Stiglitz (dir.) Defensa de los Consumidores de productos y servicios, Buenos Aires, La Rocca.
- Pérez Bustamante, L. (2008): La reforma de la ley del consumidor en R. Vázquez Ferreyra (dir.), Reforma a la ley del consumidor, Buenos Aires, La Ley.
- Quiroga Lavié, H. (1998): El amparo colectivo, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- Sola, Juan Vicente, "El fallo Halabi y la creación de las acciones colectivas", LL 02/03/09, pag. 6)
- Stiglitz, G. (1997): Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Rosario, Juris.
- Stiglitz, G. y Acciardi, H. A. (1993): "Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de Daños", Revista del Foro de Cuyo, t. 9.
- Wright, Miller Et Kane. Federal Practice Et Procedure, Volume 7A, West Publishing Co.pg 7/15



Santiago Del Carril

Organización, fines, necesidades y usuarios. Una propuesta de políticas judiciales en redes

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Organización, fines, necesidades y usuarios.

Una propuesta de políticas judiciales en redes*

Santiago Del Carril**

I. INTRODUCCIÓN

La administración pública ha logrado, con el tiempo, instalarse como objeto de estudio específico dentro de las ciencias sociales, ocupando, inclusive, un lugar propio en la teoría de las organizaciones. No obstante, muchos de estos debates no se preocuparon por un fragmento de las administraciones públicas como es la de justicia. Así, el Poder Judicial se mantuvo al margen de estas teorías, tanto debido a que se encontraba marginal dentro de la administración pública en general, como porque contiene lógicas propias, las del derecho, las jurídicas, que la salvaguardó de cualquier otro abordaje disciplinar que no trate sus problemas conceptuales propios –qué es la Justicia, el derecho, etc.– y abordado desde una rama propia del derecho como es el derecho administrativo. Desde esta perspectiva, esta suerte de doble discriminación construyó un muro entre dos campos dentro de la esfera pública: las áreas de la administración pública como comúnmente se las conoce y las áreas de la administración de justicia.

No obstante, en los últimos tiempos, desde distintos enfoques, esta marginalidad comenzó a resquebrajarse; en nuestro país, en parte producto de la deslegitimación que, actualmente y desde hace unos años atrás, está atravesando a la justicia como mecanismo adecuado de administración de justicia. La incapacidad de nuestro ordenamiento jurídico de lograr una conexión con la sociedad y, de esa manera, alcanzar cierta aceptación y legitimación de sus decisiones mantiene preocupados a todos los agentes que integran el "campo jurídico", lo que permitió la instalación de distintas metodologías de mejora de la gestión pública, tales como la Comisión de Calidad implementada desde la Corte Suprema de Justicia, el concepto de calidad total en algunos juzgados, los métodos de gestión de proyectos que algunas ONG introdujeron con éxito, la instalación de la Carta Compromiso en algunos poderes judiciales de nuestro país, sólo para citar algunos ejemplos. En este proceso, algunos de los conceptos propios de las teorías de la administración pública fueron colándose en los debates internos dentro del "campo jurídico"; así se habla de la gestión de justicia, de brindar un "servicio de calidad", etc.; y, más importante aún para el presente artículo, se habla de los destinatarios de la justicia en términos de los "usuarios". Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre este concepto.

Uno de los problemas más importantes de las organizaciones públicas es que, en muchos casos, carece de un público con capacidad de optar por servicios alternativos, sobre todo en algunos rubros de su actividad. Esta situación la hace particular frente a otras provenientes del ámbito privado, en tanto y en cuanto éstas deben enfrentarse a la competencia –siempre y cuando no exista monopolio– con otras organizaciones que pueden hacer la misma actividad pero a menor costo; sin caer en el prejuicio del mercado como espacio de competencia perfecta, en algún punto, las organizaciones privadas están sometidas a la elección de un cliente con poder de compra y cierta capacidad de elección.

* Este trabajo fue propuesto por el jurado en 2º orden de mérito. En virtud de que su autor no cumplió con los requisitos reglamentarios, se resolvió solamente su publicación.

** El seudónimo utilizado fue "Winston".

Por su parte, en la administración pública no ocurre de ese modo y la evaluación de su accionar está reducido a procesos electorales que, en el mejor de los casos, dan crédito a todo un proyecto político y no al rendimiento de un organismo determinado. De hecho, es factible que ocurra que éste trabaje correctamente pero que, por razones externas a su accionar, no sea elegido el candidato que esté interesado en ella y, sólo por esta circunstancia, quede completamente reducida presupuestaria y organizacionalmente.

Como se verá más adelante, existen múltiples modos de tratar este tema, pero, desde distintos marcos teóricos, lo que muchas veces se busca es conceptualizar la problemática relación entre usuario, necesidad, fin y organización. Estos conceptos atraviesan los planteos teóricos anclados en la teoría de las organizaciones desde sus inicios hasta nuestros días y es con lo que se trabaja en la primera sección del presente artículo. Allí, se muestra cómo esta problemática se hace todavía más compleja en el marco de la administración pública, donde no se tiene, ni siquiera, la evaluación electoral, sino que la independencia de criterios de los magistrados hace que éstos no sean evaluables desde el punto de vista de la resolución de los conflictos en base a criterios sociales.

En la segunda sección, se estudia cómo se traducen estos debates y conceptos en el marco de la administración de justicia complejizando la relación entre organización, fines, necesidades y usuarios para desarrollar un marco teórico adecuado con el fin de un preciso y riguroso análisis de sus productos, de sus usuarios, de sus fines, etc. Estos conceptos son reorientados a pensar políticas judiciales tanto de acceso a la justicia como de mecanismos de evaluación de resultados y rendición de cuentas a la sociedad por parte de los poderes judiciales. En esta parte del trabajo, se desarrollará una suerte de propuesta de políticas públicas orientadas a la mejora de la justicia y a la búsqueda de ampliar su acceso.

II. EL DEBATE SOBRE USUARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. LA CORRIENTE ESTRUCTURAL-FUNCIONALISTA Y EL CONCEPTO DE "NECESIDADES"

Con la sistematización de las ciencias sociales, fue haciendo pie la metáfora de la sociedad como organismo, donde cada una de sus partes está llamada a cumplir una determinada función en la integración y mantenimiento de todo el organismo. En esta analogía, las organizaciones son esas partes y, por ende, creaciones orientadas a satisfacer una función específica del conjunto del organismo. El hombre logró seguir estrategias adaptativas, dicen estas posturas, mediante la creación de las instituciones sociales, que les garantizan su supervivencia en el medio natural en el que están inmersos y, por ello, están llamadas a cumplir un determinado rol en este equilibrio adaptativo.

Uno de sus principales exponentes argumentaba que la función es entendida como "la satisfacción de necesidades por medio de una actividad en la cual los seres humanos cooperan, usan utensilios y consumen mercancías" (Malinowski, 1981:45); o bien, era "la satisfacción de un impulso orgánico por medio del acto apropiado" (Malinowski, 1981:90), de lo que deduce la noción de organización como la coordinación de seres humanos orientados a un fin específico. De este modo, la acción cooperativa y coordinada es consecuencia de una determinada función la cual es, a su vez, una consecuencia de una determinada necesidad. El dispositivo adaptativo del hombre es la cultura y, a través de ella –y sus instituciones–,¹ el hombre canalizaba la satisfacción de sus necesidades biológicas.

1. Para Malinowski y muchos de los funcionalistas que lo precedieron, las nociones de instituciones y organizaciones eran sinónimos.

La investigación funcionalista, tal como se denomina a esta escuela, focaliza en el modo en que una determinada organización satisface necesidades biológicas universales y, comparativamente, cómo estas son satisfechas de modo diverso en otras culturas. De esta manera, confunde el fin de la organización con las necesidades suponiendo que el primero, precisamente, lograr satisfacer a esta última; necesidad y fin son dos caras de una misma moneda.

Tras la experiencia de investigación aplicada llevada a cabo en una empresa de la Western Electric Company, en la planta de Hawthorne, el funcionalismo entró en escena en los enfoques de estudios sobre la industria de la mano de Elton Mayo. En sus estudios, Mayo determinó que los aspectos formales de las relaciones no explicaban la conducta de sus operadores y detectó que la influencia de factores netamente sociales estaban incidiendo en los niveles de productividad de la planta, es decir, estos podían explicar de un modo más preciso la conducta –considerada “irracional” por los gerentes– de quienes trabajaban en la fábrica. Los investigadores mostraron que el modo en que las relaciones informales entre los distintos grupos de operarios estudiados creaban un tipo de interpretación compartida sobre los límites de la producción, que no coincidía con lo planteado por la gerencia ni por las políticas de incentivos planteadas por ella.

Por tanto, uno de los aportes de este estudio es que, aun cuando haya un determinado fin (como, por ejemplo, un determinado nivel de producción para generar la ganancia necesaria en la planta), éste no siempre es compartido por toda la organización. Por el contrario, en la interacción cotidiana, los trabajadores construyen sus propios esquemas interpretativos que, por otro lado, se relacionan con los intereses particulares de los grupos informalmente constituidos. Este “descubrimiento”, a partir de un enfoque netamente funcionalista –en tanto y en cuanto, la interpretación alternativa realizada por los operarios acerca de las tasas de productividad requeridas por la gerencia era funcional a su propia existencia como trabajadores, en el contexto de la Gran Depresión– contribuyó a la comprensión de la complejidad de las organizaciones, al estudio de las relaciones informales, los grupos en pugna en su interior (Roca, 1998). La organización deja de ser sólo sus aspectos formales y es comprendida desde sus conflictos internos y sus modos en que los actores definen sus propios fines.

Paralelamente aparece, en las ciencias sociales, otra corriente de pensamiento denominada estructuralismo. El análisis estructural surge como reacción ante el evolucionismo y el difusionismo, los cuales pretendían dar cuenta de una historia universal de la sociedad a partir de estadios que, en el mejor de los casos, se trataban de comparaciones entre sociedades diferentes ubicándolas en una suerte de continuo lineal. En contraposición, el enfoque estructuralista se volcó al estudio de las realidades sociales presentes, a la relación entre los grupos sociales y los modos en que éstos se traducen en las formas de pensamiento simbólico.

Previo a los desarrollos del estructuralismo, es conveniente regresar a fines del siglo XIX y principios del XX, donde se constituyeron las bases teóricas del llamado modelo clásico burocrático. Woodrow Wilson, uno de los primeros teóricos de la administración pública en los Estados Unidos en 1887, estableció los primeros principios básicos sobre los que sustentarla. Para este autor, existe una diferencia entre política y administración, por lo que el objetivo es encontrar métodos adecuados para la aplicación de las políticas diseñadas; la política plantea los objetivos y la administración los medios para aplicarlos. De esta manera, proponía elaborar una ciencia de la administración capaz de sistematizar estos medios creyendo que éstos podían desentenderse de los fines para los que fueron planteados.

Esta ciencia de la administración logrará una sistematización poco tiempo después, desde la industria, donde emergieron los enfoques que Taylor y Fayol construyeron sobre la empresa. El primero de ellos, más preocupado por los procesos de trabajo; el segundo, por la organización formal de la empresa, por la distribución del poder y la autoridad. En ambos casos, los fines de la empresa, tal como es postulado por ambos autores, es la maximización de la ganancia; es decir, "El objeto principal de la administración ha de ser asegurar la máxima prosperidad para el patrón, junto con la máxima prosperidad para cada uno de los empleados", pero no sólo de los dividendos, sino "el desarrollo de todas las ramas del negocio hasta su estado más elevado de excelencia, de manera que la prosperidad pueda ser general y permanente" (Taylor, 1967:19). El fin de la empresa no sólo es la ganancia, sino también la prosperidad de la sociedad.

En Fayol, el foco de atención está puesto en la organización o, como lo denomina, en la forma del cuerpo social; y, así, los elementos básicos para la administración son la previsión, la organización, la dirección, la coordinación y el control. El primero de estos aspectos dio el puntapié inicial a la formulación de los presupuestos derivados de los programas de acción; el segundo de los elementos constituyó las bases de los organigramas, es decir, la estructuración en términos de departamentos y unidades; el tercer y el cuarto remiten a los problemas que actualmente se conocen como de gerenciamiento y a los modos en que este cuerpo social funciona; el último de los componentes, el control, constituye las bases para la introducción de los sistemas de la calidad (Fayol, 1967).

Esta mirada sobre la organización convergió con los estudios sobre la burocracia realizada por Weber.² Quien distingue distintos tipos de acción social, entre las cuales se encuentra la acción racional con arreglo a fines que define como "determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como 'condiciones' o 'medios' para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos" (Weber, 2004:20). Más adelante, cuando se refiere a la empresa, la define en torno a la continuidad en la prosecución de determinados fines; así, esta es la extensión en el tiempo de la acción racional con arreglo a fines. Por tanto, ésta es la base del modelo burocrático descrito por Weber: una acción orientada a fines establecidos y continuos.

Este autor consideró que el modelo burocrático era la forma de organización más racional en términos de precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza. Estos mecanismos de organización, decía, presuponen "objetividad" técnica y previsibilidad en el resultado; pero ello, por su parte, tiene como correlato una tendencia a la deshumanización, ya que:

Su peculiaridad específica, tan bienvenida para el capitalismo, la desarrolla en tanto mayor grado cuando más se "deshumaniza" (...) la eliminación del amor, del odio, y de todos los elementos sensibles puramente personales, de todos los elementos irracionales que se sustraen al cálculo (Weber, 2004:732).

2. En este punto conviene aclarar un aspecto muchas veces descuidado. En términos generales, se postula que Weber es el defensor del modelo burocrático –que, de hecho, muchas veces se lo denomina weberiano– y esto no es así. Él sólo describió una realidad, una organización que, poco a poco, ve que se va imponiendo en Europa y que es el Estado Prusiano; pero no por ello se constituye como su defensor. Al caracterizarlo de racional no le está atribuyendo un aspecto valorativo, sino que, por el contrario, esto es sólo un concepto teórico, es la capacidad de organizar la acción con respecto a fines determinados; de hecho, una oposición a esta modalidad de acción es la orientada a valores. Así, las citas precedentes demuestran que el autor, más que estar satisfecho, se lamentaba del proceso racionalizador; para él, sólo era un fenómeno que estaba ocurriendo y que, por otra parte, se articulaba perfectamente con el desarrollo del capitalismo moderno, pero ello no significaba una posición valorativa al respecto. No obstante, lo que él no pensó es que su misma descripción sería considerada como modelo a seguir, es decir, como el paradigma de cómo debía organizarse una burocracia si pretendía ser racional.

Esta particularidad negativa del proceso de racionalización, la observa más nitidamente en la administración de justicia, lamentándose que los juristas alemanes no hayan opuesto resistencia ante esta justicia racional impuesta por el derecho codificado napoleónico, perdiendo los principios de la justicia empírica –como denomina a la justicia basada en el precedente–, como ocurrió en Inglaterra (Weber, 2004:733).

En la práctica, los siglos XIX y XX vieron crecer este modelo burocrático, descrito por Weber y apoyado en los principios de Taylor y Fayol. Una de sus características fundamentales es la aplicación de las reglas formalmente establecidas, centradas en el procedimiento más que en el resultado de la acción. En este punto, los principios tayloristas, y su preocupación por la mejor forma de hacer las cosas, le dio una teorización sobre las prácticas y las rutinas laborales. Por otra parte, otra característica como es el principio de delegación de autoridad –con sus sistematizaciones en el derecho público desde tiempos de la corona– se tradujo en la organización jerárquica piramidal (con sus segmentaciones en términos de competencias y el principio de jerarquía administrativa) que Weber detalló como la forma racional de dominación; y que, por otra parte, Fayol enfatizó como el mecanismo ideal para la distribución adecuada del poder en la organización en su obra *Administración Industrial y General* (Fayol, 1967). Para el procesamiento de la información y la toma de decisiones, se caracterizó en el uso del "expediente", en tanto instrumento de almacenamiento de la información necesaria para ello; y, por tanto, el procedimiento es el modo de reglamentación de la circulación de éste por la estructura organizativa –principio de jerarquía– de la burocracia.

En los primeros tres autores, la preocupación eran los principios básicos de la organización, independientemente del fin para que ésta haya sido creada. Como bien señalan Harmon y Mayer (1999:300):

dejando aparte la desaprobación normativa de Weber a la burocracia, a los valores sociales y organizativos implícitos en ella [estos] son, como bien dice Ostrom, "plenamente congruentes" con gran parte de la prescripción de Wilson para una ciencia de la administración basada en la separación radical de la política y la administración

Fayol es muy claro al respecto al postular que estos principios referenciados en su trabajo son aplicables tanto a una empresa o a un ejército o a cualquier organización. Si en la teoría funcionalista, el fin eran las necesidades humanas; en la teoría clásica de la administración, el objeto es el cómo llevar adelante la acción independientemente del fin. Caso aparte es el Weber, quien centró la atención en la legitimidad de la acción, y no tanto en cómo organizar la acción ni cuáles son sus fines; en definitiva, la burocracia es, para él, un tipo más de legitimación de la autoridad y del poder, independiente de los fines para los que fue creado. En estos autores subyace, por tanto, que la organización está destinada a cumplir un fin, ya sea el obtener un mejor rendimiento de los recursos para Wislow, Taylor y Fayol como la legitimación para Weber. Los tres primeros coinciden en que, más allá de la relación organización y fines, la cuestión era impulsar una disciplina "científica" para una mejor administración de los recursos y, por tanto, en cómo internamente generar los procesos de trabajo y distribución de poder necesarios para cualquier acción organizada. La pregunta no es cuál es el fin –ya que se lo da por sentado en los cuatro autores–, sino cómo está organizada la acción.

En términos del modelo clásico de la administración pública que, como se indicó anteriormente, fue creciendo de la convergencia de estas cuatro posturas, aun sin proponérselo, el propósito era organizar el Estado en función de lo que se denominó el interés público (Barzelay, 1998). Se desarrolló, como resultado de este proceso, un modelo organizacional

que buscara la mejor manera de obtener el principio universal del interés público pero, como bien lo marcan sus críticos, no estaba claro qué se entendía por ello y ni siquiera si las decisiones tomadas eran, efectivamente, las consideradas colectivamente como necesarias. El principio sobre el que descansaba era el de eficiencia –extrapolado de la administración industrial– (Barzelay, 1998), entendiendo por ello la producción de mayores servicios, pero reduciendo los costos. Esto trajo problemas, reseñados por Barzelay, en tanto y en cuanto la administración burocrática fue constituyéndose en unidades encerradas en sí mismas y sin una concepción global del producto, lo que traería como corolario que la reducción del costo fuera disminución del gasto en insumos; mientras que, en la administración industrial, como lo indica Barzelay, el razonamiento es inverso, en tanto que la reducción del costo está establecido según la unidad de producto y esto no necesariamente implica disminución de insumos. Detrás de todo ello, subyacía una teoría sobre la administración cuyo objetivo era “resolver problemas públicos, aplicando las leyes de manera eficiente” (Barzelay, 1998:182), lo que tenía como correlato una organización jerárquica piramidal donde los superiores controlan el cumplimiento de los deberes de los subordinados. Por ello, uno de los aspectos más importantes, como se referenciaba en Weber, es el cumplimiento de las reglas y procedimientos dentro del marco establecido por la ley; más allá de los niveles de satisfacción alcanzados.

En desarrollos posteriores sobre la administración pública, el modelo burocrático clásico retoma algunos de los planteos de los enfoques semiológicos o interpretativos de las ciencias sociales, para establecer las bondades del modelo clásico, de la estructuración por medio de las jerarquías y su capacidad de establecer los valores comunes. Desde esta perspectiva, el modo de encontrarle sentido a la acción, de lograr una coordinación entre el cuerpo social y los objetivos de la organización es logrando hacer participar de los fines a quienes trabajan allí. Así, las bondades de la burocracia clásica es, para autores como Frederickson (2000):

“... if organization or institution housing that hierarchy is achieving a high and honorable purpose, and if all those in the hierarchy feel professionally, intellectually, and emotionally engaged, a part of something bigger and more important than could ever be achieved by just a few people.”³

Es la creación de este sentido, de esta identidad entre los intereses particulares con los objetivos organizacionales, la que garantiza la “belleza” de una burocracia estatal. Los modos de construir esta unidad son a través del uso de los relatos, de narraciones, de liderazgos comprensivos e integradores.

Por último, y a los fines de este trabajo, el centro de la escena era el ciudadano. Se pensaba en la administración pública en términos de la satisfacción de un interés general, universal, basado en el concepto de ciudadanía. Así, el proceso administrativo sólo tenía sentido en tanto y en cuanto cumplía las normas dentro de un territorio específico y buscando imponer estas obligaciones a quienes son parte de él, respetando sus derechos como particulares (Estevez, 2001).

La articulación entre funcionalismo y la teoría clásica de la burocracia y la empresa, junto con los desarrollos teóricos del estructuralismo levi Straussiano, dieron como resultado, en la teoría de las organizaciones –en la sociología– lo que se llamó el estructural-funcionalismo. Todos los aspectos en los que se traducía un conjunto de relaciones constantes y duraderas era, pues, la base de la estructura social de una organización. Así, el modelo clásico –junto

3. “Si la organización o institución logra asentar que la jerarquía está para cumplir propósitos elevados y honorables, y si todos los que se encuentran en ella se sienten profesional, intelectual y emocionalmente comprometidos, como parte de algo mucho más grande e importante que sería imposible hacerlo por pocas personas...”

con los enfoques de Fayol (desde lo formal) y Mayo (desde lo informal)– fueron instrumentos de descripción de estas relaciones sociales rutinarias que son la base –el esqueleto, como diría Malinowsky– sobre la que descansan el resto de los componentes. Pero todas estas partes, tanto la organización misma como sus partes, eran vistas como cumpliendo una determinada función y ésta era el resultado de las necesidades de la sociedad. En estas perspectivas, función, fin y necesidad coinciden y tienden a confundirse, como si las necesidades se tradujeran inmediatamente en una determinada estructura.

En estos enfoques, el énfasis está puesto en la estructuración de la organización y en cómo ésta responde a determinados fines "seleccionados" del universo posible en una determinada sociedad. El funcionalismo, de hecho, planteará que estos fines son, justamente, necesidades humanas canalizadas en organizaciones para darles respuesta; la organización es, con mucho, un modo de coordinar las actividades en pos de satisfacer las necesidades biológicas. En la escuela clásica de administración, la acción organizada selecciona de los fines presentes en una sociedad y, sobre esa base, se monta los principios de autoridad y jerarquía, se desarrollan las rutinas de trabajo orientando a su cumplimiento. El estructuralismo en teoría de las organizaciones se detiene en cómo es el modo correcto de establecer relaciones estables –estructuras– para ejercer el poder y para cumplir los objetivos.

Una de las consecuencias más importantes es, como lo señaló Wilson, la separación entre política y administración. En los análisis de Wilson y Weber, la política es el reino de la selección de los fines de la acción racional; mientras que la administración es el medio por el cual se cumplen los fines seleccionados, de tal manera, la acción racional es con orientación a los fines seleccionados políticamente. Como correlato, la administración sería el medio por el cual racionalizar la acción política –orientado a la satisfacción de una necesidad presente en la sociedad– y limitarla en su implementación; como si ésta no fuera un proceso político en sí misma. Era, en última instancia, una visión simplista de procesos políticos mucho más complejos.

2.2. LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y LA NOCIÓN DE "CLIENTES"

Como reacción a todo esto emergen nuevos planteamientos sobre la burocracia y sobre la teoría social misma. El énfasis creciente en las realidades sociales impuestas sobre individuos prácticamente pasivos –las estructuras eran definidas como realidades externas y más importante que los individuos– conlleva a una crítica que, poco a poco, se fue consolidando detrás de las perspectivas hermenéuticas y/o fenomenológicas, cuyo paradigma se centró en la interpretación del sujeto. Por su parte, en la teoría de las organizaciones, la noción misma de "organización" es puesta en la mira y comienzan a desarrollarse, de la mano de algunos conceptos weberianos, un individualismo metodológico que culminó en lo que se llamó la teoría de la acción racional.

Paralelamente a ello, en los años 70, el Estado de Bienestar colapsó por su incapacidad de dar respuestas, junto con el predominio de corrientes neoliberales que triunfaron políticamente en muchos de los países centrales –así como también, en Latinoamérica, el liberalismo que las dictaduras impusieron en el plano económico significó la búsqueda de una reducción del Estado a sus funciones mínimas. Esto supuso el cuestionamiento teórico del modelo burocrático y, poco a poco, se fueron gestando los principios de lo que intentó ser un modelo alternativo, dando a luz a la Nueva Gestión Pública.

Se trató, básicamente, de un movimiento desarticulado de prácticas concretas, experiencias de reformas que, poco a poco, fueron consolidándose en una suerte de movimiento en pos de la reforma del Estado. No fue una teoría homogénea y, aunque algunos autores lo

caracterizan en términos de "paradigma", es más un conjunto desarticulado de situaciones concretas, una ola de experiencias en distintos países, cuyo objetivo común fue el cuestionamiento del modelo burocrático, la reforma del Estado, la búsqueda de mecanismos que garantizaran un buen servicio estatal.

Uno de los primeros en atravesar por esta crisis fue Inglaterra. Durante la década de los 80, se vio afectada por una profunda crisis económica e institucional, que impulsó al gobierno conservador a elaborar un plan de reforma del Estado. La Primera Ministra, Margaret Thatcher, asumió el compromiso de introducir profundas mejoras en la administración pública, con el objetivo de "racionalizar" el funcionamiento del aparato estatal; y, para ello, un aspecto fundamental era el trasladar la lógica de las empresas privadas al ámbito estatal. El modelo se basaba en que las prácticas privadas eran más efectivas y eficientes que el ámbito público. Se suponía que la maximización de los beneficios era el fundamento de todo comportamiento humano, ya sea individual como organizacional, es decir, el fundamento de la acción social se concebía buscando un mejor beneficio a un menor costo, persiguiendo el interés personal por sobre el interés colectivo.

En este marco, estos cuestionamientos a las teorías administrativistas que sostuvieron y profundizaron el modelo clásico de administración pública, junto con el auge del neoliberalismo en un plano económico e ideológico, de fines de los años 70 y en los 80 en Inglaterra (luego, en los 90 en nuestro país) confluyó en la construcción de un paradigma en las ciencias sociales sustentado en la teoría de la elección racional –o la que algunos autores denominan teorías del mercado (Harmon y Mayer, 1999). Los supuestos básicos en los que descansa este paradigma es que todo actor elige en función de sus propios intereses, lo que presupone concebir al ser humano naturalmente egoísta. En este punto, la teoría de la organización debe preocuparse por la coordinación de las distintas elecciones egoístas en pos de un fin común, esto es, el problema central es minimizar los costos de la acción colectiva; desde un punto de vista teórico, Weber⁴ fue uno de los que desarrolló esta perspectiva cuando sentó las bases de su sociología: captar el sentido de la acción de un actor.

Para este autor, la acción es social cuando se está referido a otro; y adquiere sentido cuando este otro le atribuye el mismo sentido que el que el actor le asigna, es decir, es compartido por ambos actores. En estos cimientos, se está pensando en una relación cara a cara, donde una persona realiza una acción y otro intenta encontrarle un sentido; su manera de salir de esta formulación focalizada en este tipo de relaciones es afirmando que, entonces, el fin de la sociología es la captación de sentido de la acción cara a cara, mientras que todos los agregados sociales (Estado, etc.) sólo pueden entenderse como entrecruzamiento de estas acciones individuales, porque es aquí donde se puede encontrar el sentido (Weber, 2004). En este punto, la acción colectiva se trata, meramente, de agregados de acciones individuales.

La teoría de la acción racional, como desprendimiento de este enfoque weberiano, llevó al máximo de sus consecuencias lógicas a estos postulados. El sujeto evalúa sus decisiones en base a obtener beneficios al menor costo posible, es decir, busca la maximización de la utilidad individual, presupone una racionalidad instrumental sustentado en el cálculo económico. En un desarrollo posterior, se afirmó que, si bien muchos de los comportamientos no responden a esta lógica, esto no invalida el argumento; sino que el problema reside en

4. Recuérdese que Weber, cuando describe el modelo burocrático clásico, no planteaba una postura ideológica en términos de acuerdo o desacuerdo, sino que, por el contrario, su enfoque es meramente descriptivo de un proceso social que, en términos históricos, estaba ocurriendo en la organización del Estado Prusiano y en los principados alemanes. Ahora bien, cuando desarrolló los principios teóricos, su posición se acercó al modelo individualista tal como se está planteando en este apartado.

que los sujetos no tienen toda la información apropiada para tomar la decisión correcta. En este sentido, se acuñó el concepto de "racionalidad limitada" (Pfeffer, 2000), acotada por el contexto en el que los sujetos están inmersos y que les impide ver todas las alternativas posibles. La tesis de Simon acerca del acceso limitado a la información, esto es, que el actor toma elecciones según la información restringida a la que accede en el momento de hacerlo, constituyó una hipótesis ad hoc que garantizó el concepto del actor racional, ya que su elección concreta –en caso de no ser "racional"– sólo puede explicarse en términos de la información disponible obtenida. De esta manera, el problema no es que el actor toma elecciones erradas, sino que, por el contrario, éstas eran adecuadas racionalmente por el acceso restringido a la información.

La existencia de las organizaciones se explica, desde esta perspectiva, en tanto y en cuanto reduce los costos que implicaría una actividad individual orientada a un fin sin la cooperación de otros; o bien, cuando la acción particular hacia determinado objetivo no obtiene los resultados deseados y, por ello, la cooperación es el medio de alcanzarlo. En otras palabras, las organizaciones emergen cuando el individuo no logra maximizar sus beneficios por su cuenta y cuando la acción colectiva es más económica que la individual. Sin embargo, trae aparejado ciertos costos de transacción, es decir, aquellos costos que involucran las transacciones entre los sujetos, los intercambios, se concentran en las organizaciones, la que garantiza el control social y previsibilidad de estas relaciones sociales. Este individualismo metodológico niega la realidad social de la organización y la ve como el agregado de intereses individuales de sus integrantes.

Toda organización está atravesada por la lucha continua entre los intereses personales de cada integrante; pero, en el caso de las organizaciones privadas, ésta está regulada en la medida en que todos maximizarían sus beneficios, según creen quienes sustentan esta teoría, si la empresa prosperara. Las premisas fundamentales de la teoría de la elección racional –la racionalidad del sujeto, la elección basada en sus intereses personales, etc.– legitimó la crítica a la supuesta "racionalidad" impersonal y legal del sector público, minando uno de sus principales valores sobre los que se ancla: si el sujeto se guía por su interés personal, entonces el Estado no representa el "bien común", sino que expresa los intereses particulares de los sujetos que lo conforman. Esta crítica no sólo emergió del liberalismo y de las corrientes clásicas, sino que estuvo sustentada desde las teorías marxistas acerca del Estado como entidad representante de una clase social (Martínez Nogueira, 1977). La burocracia no expresa, pues, la racionalidad, sino que es sólo el resultado de la pugna de los individuos por conseguir sus propios beneficios personales –en el caso del marxismo, de clases antagónicas que buscan construir la hegemonía. Por este motivo, el Estado es ineficiente en la persecución del bien común y se ve atrapado por una subordinación a los intereses sectoriales, que atraviesan cada uno de sus organismos.

Para una mejor coordinación de los intereses particulares, sus defensores proponen, entre otras estrategias, la descentralización de la autoridad burocrática, buscando crear estructuras organizativas que, para su existencia, dependen de la calidad en que brindar el servicio: en definitiva, la competencia –y la posibilidad de desaparecer– presionará sobre los sujetos que integran el organismo, a fin de que orienten su acción del modo más eficiente posible. El objeto es lograr contextos específicos que coadyuven a los miembros integrantes de la oficina pública en cuestión a alinear sus intereses particulares en pos de un objetivo mayor y que, en la búsqueda de maximización de las posibilidades individuales, el conjunto logre estrategias mejores para brindar servicios de calidad.

Por otra parte, uno de los mecanismos para aunar estos esfuerzos es el de la com-

petencia. En primer lugar, esta corriente sostiene que muchos de los conceptos en los que se sustentan las teorías clásicas suelen ser abstractos y, por tanto, no es posible evaluarlos empíricamente; así ocurre con las nociones del bien común, la justicia como con la noción de ciudadano. Todos estos conceptos, para estos enfoques, carecen de un asidero empírico concreto y ello dificulta la evaluación de la acción del gobierno; por tanto, sugieren reintroducir estas nociones a partir de realidades más concretas y evaluables. En este marco, aparece la idea de que el usuario es una suerte de cliente, es decir, un receptor concreto de los servicios prestados; este es quien elige racionalmente entre todas las ofertas de servicios que el Estado puede brindarle, o bien si éste logra tercerizar sus servicios promoviendo que la competencia en el mercado haga eficientes sus prestaciones. Así, siguiendo los postulados teóricos de la maximización de los intereses, del lado de la sociedad una mayor oferta de servicios con distintos niveles de calidad generará que los ciudadanos puedan optar entre uno u otro, buscando satisfacer sus intereses particulares. De esta manera, como indica Ostrom, "La eficiencia del productor, si no sirve al consumidor, carece de todo significado" (citado por Harmon y Mayer, 1999:304). La noción de eficiencia en los recursos comienza a entrelazarse con el destinatario final del servicio, en la medida que se constituya en el parámetro para el cálculo de costos. En este punto, se introduce la noción de cliente para identificar a quienes recurren al servicio público, reemplazando la noción política de ciudadano; así como también, incorporan la satisfacción de sus necesidades como uno de los pilares de una gestión pública eficiente. Sin embargo, y adelantando la crítica, esta concepción no sólo reduce al usuario a quien recibe inmediatamente el servicio –acotando el análisis público al consumo–, sino que también supone que este cliente contiene toda la información necesaria para optar por el servicio más eficiente, cuando esto no ocurre no sólo por la poca transparencia que muchas veces presentan los organismos públicos, sino que también por el mismo desinterés del público en general en torno a la información pública.

Sobre estos postulados se sustentó la teoría de la acción racional sobre la que descansa la Nueva Gestión Pública, y a partir de la cual reformulan las premisas del modelo tradicional. En términos generales, estos autores concluyeron que la motivación básica del ser humano es la satisfacción de sus intereses personales y que cualquier concepto altruista o valor social sólo es un modo de disfrazar los intereses particulares de los actores; o bien, constituye una suerte de mística alejada de la realidad individual del sujeto.⁵ Tal como lo expresan Harmon y Mayer (1999:293), "[para Buchanan y Tullock, representantes de esta corriente en la teoría de la administración pública] los valores importantes no se encuentran en códigos morales y filosofías, sino que son sinónimos de los deseos o intereses privados de los individuos". La cuestión es cómo lograr coordinar todos estos intereses particulares para cumplir un determinado fin y, más aún, cuál es ese fin al que debe orientarse la acción de una organización pública. Las respuestas, en el plano interno de la organización, estuvieron ancladas en la construcción de mecanismos que logren articular los intereses particulares de sus miembros –por medio de la presión, la competencia, etc.– con los fines organizacionales.

Estos, por su parte, se encuentran en función de las necesidades de los clientes, esto es, de los usuarios directos de los organismos públicos. Desde el punto de vista de los usuarios, sus postulados consideran que estos, más que tratarse de lo que ellos definen como conceptos místicos y abstractos como ciudadanía, debe centrarse en aquellos que reciben el servicio directamente: el cliente. El foco está puesto en el consumo del servicio, y no tanto en el amplio espectro de efectos e impacto que genera toda acción social y toda

5. Así, en un libro central de la Nueva Gestión Pública, Barzelay (1998) sugiere que "la frase retórica específica 'el interés público' debe confinarse a los libros de historia sobre la política y la administración estadounidense. Una de las expresiones sustitutas deseables es 'los resultados que valoran los ciudadanos'".

prestación del servicio público. Éste, por su parte, debe tener a su disposición una amplia variedad de demandas estatales frente a las cuales puede optar y, de esta manera, otorgarle la legitimidad correspondiente al gerente público, quien, a través de la competencia con otros organismos públicos, busca posicionarse internamente. Es, en esencia, la teoría del mercado la que regulará el aparato estatal.

Por el lado de los fines, la organización selecciona un fin –tal como en la teoría clásica– de las necesidades presentes en la sociedad y traza las estrategias para hacerlo del modo más eficiente posible; en términos teóricos, no se cuestiona la relación entre fin-necesidad. Necesidades sociales y fines organizacionales siguen siendo confundidos, como ocurría en la teoría clásica, en la medida en que toda la acción organizada se orienta hacia un fin que, se da por sentado, corresponde con una necesidad presente en la sociedad.

En términos académicos, la Nueva Gestión Pública cuestionó al modelo clásico de administración la burocratización, la sectorización, la ausencia de participación social y la excesiva centralización (Martínez Nogueira, 2001). Se puso en tela de juicio el concepto de “racionalidad” de la burocracia, es decir, se cuestionó su capacidad analítica y la realidad de los postulados formalistas y legales; no obstante, se continuó equiparando objetivos (o fines) con necesidades sociales, presuponiendo un correlato inmediato y dado por sentado entre éstos y los fines seleccionados por los organismos públicos, descuidando que tanto unos como otros son construcciones sociales.

En la administración de justicia, tal como se planteó anteriormente, el paradigma hegemónico continúa siendo el modelo clásico de burocracia: la estructura jerarquizada y rígida, ligada más a los procedimientos y a las normas, que al resultado y a la atención de las necesidades de sus usuarios. No obstante, en los últimos años, han aparecido experiencias –exitosas muchas de ellas– de instalación de sistemas de gestión orientados a los usuarios; tal es el ejemplo, para sólo citar alguno, de la implementación de las Normas ISO 9000 en los juzgados. Estos métodos buscan introducir tecnologías del gerenciamiento moderno como la noción de usuario y producto (o, mejor aún, de servicio) en la ya vetusta organización judicial. Son prácticas puntuales e incipientes que, tímidamente, intentan incorporar estas perspectivas pero que no logran desprenderse de muchos de los aspectos referidos a la Nueva Gestión Pública. El único incentivo aparente es la construcción de mecanismos de capacitación de sus integrantes, la introducción de manuales de procedimiento, que sólo garanticen no perder el tiempo en la formación tradicional –por medio del boca a boca, como ocurre frecuentemente– incorporando la visión de sus usuarios más inmediatos, los abogados. Estas experiencias son, por supuesto, lo más alentadoras, pero deben desprenderse y lograr articularse con perspectivas más integrales de lo que podría denominarse la cadena de valor de la administración de Justicia. No es sólo la estandarización la cuestión central de la reforma administrativa, sino que hay otros componentes más importantes a los que debe apuntarse para adquirir una mejora de la justicia en pos de sus usuarios últimos, la sociedad.

Como se verá más adelante, no hay una correlación inmediata y directa entre fines organizacionales y necesidades sociales, como lo viene planteando la teoría clásica y la Nueva Gestión Pública; sino que, todo lo contrario, muchas veces ocurre que, en aras de la interpretación de los usuarios, se formulan objetivos no buscados por los usuarios ni por la sociedad en su conjunto. Esta es una de las cuestiones centrales de la relación entre organización, fines, necesidades y usuarios.

2.3. LAS TEORÍAS CRÍTICAS, MARXISTAS Y CONSTRUCTIVISTAS DE LA GESTIÓN PÚBLICA

Así como en Inglaterra, a fines de los 70, la reforma del Estado estuvo vinculada con los conceptos de eficacia y eficiencia, articulados con estrategias provenientes de la teoría de administración empresarial, en Europa estuvo vinculada más a la problemática de la descentralización o, más precisamente, de la regionalización, y guiado por enfoques provenientes no tanto del mundo empresarial, sino del desarrollo de políticas públicas. En Alemania, para citar algunos ejemplos, muchos de los cambios ocurridos a nivel de reforma estatal fueron promovidos desde los gobiernos locales; en Francia, un país más centralizado, se llevó adelante un proceso de descentralización desde el Estado nacional empujando a los gobiernos locales a asumir un rol protagónico.

Desde el ámbito académico, las teorías del mercado y la acción racional cobraban fuerza –primordialmente, en las ciencias económicas– pero, al mismo tiempo, emergieron sus críticos cuestionando muchos de sus postulados básicos. Las teorías constructivistas, algunos de los enfoques del neoinstitucionalismo, el marxismo y la teoría crítica fueron sus principales oponentes que, desde otras perspectivas filosóficas, buscaron poner en duda el supuesto del hombre racional y calculador. El proceso histórico de la reforma del Estado europeo y la convergencia teórica de estas miradas dieron lugar a nuevas maneras de repensar lo público y de rediseñar las políticas públicas que, adelantándonos a nuestras conclusiones, pocas veces –o casi nunca– han logrado consolidarse en las políticas públicas de reforma judicial.

A partir del libro *El actor y el sistema*, de Crozier y Friedberg y el desarrollo de la teoría del juego emergieron algunas corrientes que reintrodujeron estos conceptos en el análisis de las políticas públicas. Surge una crítica al Estado reificado y se pone el acento en los actores, los juegos y los sistemas de acción, más que en las instituciones y los aparatos estatales. Sin embargo, los actores no son racionales en los términos concebidos por la tradición económica, sino que, por el contrario, se trata de actores con una racionalidad limitada, con objetivos poco claros e implícitos, cuya motivación sólo puede deducirse a través de las decisiones. De esta manera, el comportamiento sólo es racional en relación con el contexto y las oportunidades; así como también en relación con otros actores (Meny y Thoening, 1992); aunque muchas veces estos enfoques se asemejaron a las vertientes clásicas de la teoría de la acción racional, ensayaron una crítica de la racionalidad economicista que estaba dominando la academia.

El neoinstitucionalismo, una de estas corrientes, prestaba más atención en los valores que los actores ponían en juego en sus actividades diarias, antes que centrarse en sus intereses particulares o en sus cálculos racionales. Para March y Olsen –dos de sus referentes–, el concepto de institución es sinónimo de organización y la definen como un conjunto de normas, reglamentaciones, supuestos y rutinas; esto es:

un conjunto de reglas y rutinas interconectadas que definen las acciones correctas en términos de relaciones entre roles y situaciones. Este proceso implica determinar cuál es la situación, qué papel se está desempeñando y cuál es la función de ese rol en determinada situación (cit. por Peters, 2003).

Como lo expresa Peters, subyace la idea de que la institución es:

un conjunto de reglas y valores, normativos y no cognitivos respecto de la manera en que influyen sobre los miembros institucionales, como también el conjunto de las rutinas que se desarrollan para poner en ejecución e imponer esos valores (Peters, 2003:51).

De esta manera, presupone que los comportamientos de sus miembros son intencionales pero no voluntarios en el sentido de que son elecciones de los sujetos pero dentro de los parámetros establecidos por los valores institucionales. Sin embargo, los sujetos hacen

interpretaciones de los valores institucionales dominantes y, por ello, se necesitan medios para controlar la conducta y reforzar los valores dominantes. En cuanto a los fines de la organización, éstos surgen naturalmente de la sociedad en donde está inserta. Las rutinas se forman "naturalmente" en el momento en que las personas interactúan, es decir, "son medios a través de los cuales los miembros individuales de una institución pueden bajar drásticamente los costos de transacciones y decisiones durante la participación" (Peters, 2003:55). Tal como formula Peters, introduciendo una "corrección" en el enfoque de estos autores, muchas veces hay instituciones que no tienen los mismos valores que las sociedades en donde están insertos y, otras veces, muchos miembros tampoco traen valores que se adecuen a la institución (Peters, 2003), para lo que son necesarios los mecanismos del control social.

En North, otro representante de esta escuela, la organización (y sus integrantes) son jugadores en un juego, mientras que las instituciones son las reglas y su cumplimiento. Los "jugadores" tienen el objetivo de ganar el juego combinando aptitudes, estrategias y coordinación, ya sea mediante intervenciones limpias o sucias; modelando la estrategia y las aptitudes según se desarrolle el juego. De lo que se deduce que las instituciones son creaciones de los individuos y de las elecciones individuales que éstos hacen; pero éstas se hacen en un contexto restringido por las normas ya preestablecidas. Así, define a las organizaciones como "grupos de individuos enlazados por alguna identidad común hacia ciertos objetivos". (North, 1995:15) y constituidas con un objetivo determinado debido a la consecuencia de una oportunidad y a la limitación de los individuos para alcanzarla sin cooperación. Por ello, sugiere estudiar dos componentes de la conducta humana: la motivación y el modo en que el sujeto descifra el entorno. Para entender la primera, señala que es preciso ampliar el concepto de utilidad abarcando conductas altruistas; o, más precisamente, conductas que involucren el propio sentido del mundo del actor que la ejecuta. En cuanto a la segunda cuestión, el actor lleva adelante su conducta, pero no siempre provisto de toda la información, interpretándola a través de sus lentes ideológicos. La ideología completa todas las lagunas que nos presenta la información en el día a día; las rutinas nos proveen de ciertas certidumbres, que nos libra de estar tomando decisiones día a día. De esta manera, las organizaciones son una manera en que los seres humanos reducimos las incertidumbres propias de la interacción social y surgen como consecuencia de la complejidad de los problemas y de las soluciones propuestas por los seres humanos. De hecho, las incertidumbres aparecen de la información incompleta de la conducta de los otros individuos y por las limitaciones que tiene de procesar, organizar y utilizar la información que le llega del entorno.

En este punto, el neoinstitucionalismo introduce una interpretación de la organización (la que suele confundir con la noción de instituciones) en la que los procesos de construcción de las rutinas y de los valores de la organización no se dan por sentado, sino que son constructos sociales de los miembros que la conforman. Los fines son el resultado de un proceso social y construido internamente, es decir, es un proceso social en el que inciden los modos en que los miembros decodifican la realidad. Las necesidades son, en parte, un constructo social del modo en que los miembros decodifican los problemas presentes en la sociedad; y, en tanto que logran hacerlo, se transforman en los fines de la organización. Pero, en términos genéricos, éstas emergen tanto por la complejidad de los problemas como por la necesidad –prácticamente considerada natural– de reducir las incertidumbres. Al introducir los procesos sociales y culturales, el neoinstitucionalismo logra a poner el foco en el carácter de construcción social de la realidad desplazando la idea del sujeto aislado e individual, tomando decisiones racionalmente. No obstante, no logra ver cómo se construyen estas necesidades ni cómo emergen de la sociedad.

Otras vertientes son las provenientes del marxismo y la teoría crítica. Resulta insuficiente el espacio para penetrar en las críticas que, desde el marxismo, se hace al Estado desde sus inicios. Baste sintetizar algunos postulados que, en su carácter de resumen, parecen descontextualizados y sólo a los fines del presente artículo permiten graficar algunas de las posiciones subyacentes en este marco teórico. Dicho esto, el problema del Estado, en Marx, estaba atravesado por su concepto de lucha de clases; era, como toda relación social, el producto de las relaciones de producción, esto es, el resultado de la estructura de clases de una sociedad determinada. No obstante, ello no implicaba una relación directa entre las clases dominantes y el Estado; por el contrario, éste era el resultado de estas luchas, o, para decirlo en otros términos, constituía la superestructura que se levantaba sobre las relaciones infraestructurales de producción pero, en tanto tal, era una construcción, con cierta autonomía propia.

El debate en torno al Estado, dentro del marxismo, tuvo como eje la autonomía relativa frente a las clases y dentro de qué límites se daba esta autonomía. En algunos escritos de lo que suele conocerse como el "joven Marx", emergían dos niveles de análisis: en las condiciones normales, la burocracia tenía una independencia frente a la burguesía porque a ésta no le resultaba conveniente ejercer la función pública y porque le permitía contar con un organismo capaz de mediar entre los conflictos internos de la propia burguesía; en el segundo nivel, cuando la lucha de clases adquiría cierta estabilidad, ciertas tensiones insalvables, entonces se generaba la situación de que ninguna clase tenía la fuerza suficiente para hacerse del poder del Estado y esto facilitaba para que adquiriera una entidad propia (véase sus estudios sobre el Dieciocho Brumario en Marx, 1995). Como lo plantean algunos autores, "Marx y Engels no cometen el error de considerarlo meramente como una intrusión de la clase dominante, su herramienta, títere, o reflejo en un sentido simplista y pasivo" (Carnoy, 1984:53, mi traducción). De hecho, el Estado era, desde esta perspectiva, el resultado concreto de un contexto histórico determinado, en el modo en que una clase dominante conquista el poder político, es decir, es un proceso concreto e histórico que no puede darse por sentado (Giddens, 1994).

Sin embargo, esta cuestión sentó las bases para una ambigüedad en el mismo concepto de Estado, desde Marx y Engels en adelante en toda la teoría marxista. En primer lugar, es visto como un órgano sobrepuesto a la sociedad, pero de un modo no ilusorio, como un aparato concreto y material; es decir, se configura como una fuerza política organizada y empíricamente objetiva. Esta noción "aparataista" responde a la necesidad práctica de concebirlo como un objeto de lucha, es decir, para la praxis social (Abrams, 1988), para entenderlo como una dimensión concreta sobre la que ejercer la política y al cual es conveniente tomarlo para desarrollar la transformación social. El Estado es, entonces, un lugar que hay que ocupar en la lucha política. Pero, paradójicamente, es visto como una máscara del poder de clase, es decir, como una ilusión ideológica, no concreta ni material; lo que permite explicar la dominación y la integración social como ocurría en los escritos gramscianos. Esta noción deriva del análisis teórico marxista acerca de la dominación de clase (Abrams, 1988). Por tanto, de la discusión sobre la autonomía relativa emergen dos conceptos contrapuestos: el Estado como ideología y el Estado como aparato.

En la perspectiva del Estado como aparato, sus objetivos concretos resultan, precisamente, de la tensión de esta lucha, con lo cual algunos organismos pueden tener fines en relación de una clase; o bien, en alguna circunstancia, en función de la mediatización del conflicto de clases. De esta tensión y lucha concreta es que se construyen los objetivos organizacionales de la administración pública; y, desde este enfoque, la organización no

surge como un problema específico, como una realidad a la cual hay que transformar sino como mero espacio de conquista política. Desde la perspectiva del Estado como ideología, su función es la consolidación de la dominación de una clase sobre la otra, con lo cual sus fines responden al modo en que se da este proceso y, por otra parte, se logra ocultar frente a otras clases sociales. Al estar dividida en clases, las necesidades no son homogéneas, sino que están atravesadas por el espacio que ocupan los sectores sociales dentro de la infraestructura y, de este modo, más que "necesidades" lo que se consolidan son "intereses". El Estado, en ambas perspectivas, es un articulador entre sus fines y los intereses particulares de las clases sociales; y, más precisamente, es, en definitiva, el encargado de universalizar los intereses de las clases dominantes, a pesar de mostrar tensiones internas en contextos particulares.

La teoría crítica amplió el concepto de clases subalternas incluyendo otros sectores oprimidos. Para este enfoque, el conflicto no puede reducirse al enfrentamiento de las clases sociales, sino entre distintos tipos de movimientos sociales y, por ende, retomando la discusión histórica del marxismo, el Estado vuelve a ser el resultado de la tensión entre los enfrentamientos de distintos actores sociales. De esta manera:

la teoría crítica trata de reconstruir las ciencias sociales para que sirvan a los intereses prácticos de mejorar la existencia humana; [el primer obstáculo que impide lograr esto no es la burocracia] sino los modos de expresión, pensamiento y acción que han hecho surgir esta forma de organizar las relaciones sociales y que le permiten dominar nuestra existencia" (Harmon y Mayer, 1999:370).

La tarea es desentramar aquellas relaciones sociales que no logran trascender al hombre en tanto tal y que sólo garantizan su dominación y control social de unos sobre otros; no es la burocracia, sino las prácticas burocráticas las que están en el foco de la polémica.

Uno de sus principales exponentes, Jürgen Habermas, distingue tres aspectos: la esfera pública, la esfera política de lo público y la esfera privada. La primera de ellas constituye un campo donde los ciudadanos concurren libremente para expresar sus opiniones y formar una opinión acerca del interés común. En oposición a ésta, está la esfera política de lo público, referida a aquellos debates acerca del Estado en tanto poder público conformado a partir de la burocratización de la sociedad feudal. Por último, la esfera privada, donde los individuos se interrelacionan en el mercado, en el intercambio de mercancías según el modo de producción capitalista. En la transformación de la sociedad feudal, se polarizaron las relaciones sociales con la institucionalización del poder del príncipe, por medio de la formación de las milicias y la burocracia, configurándose un poder público -el Estado- y dando espacio a la esfera política de lo público, reduciendo, de esta manera, la esfera pública. En otras palabras, se organizó la esfera burguesa de lo público (Habermas 1973), es decir, se separó el poder público de la autonomía de la sociedad civil. La cuestión, para este autor, es cómo lograr la consolidación de una esfera pública donde los agentes formulen libremente sus opiniones y sus ideas sin limitación alguna; esto es, la consolidación de la acción comunicativa.

La razón instrumental, tal como la había descrito Weber, para Habermas sólo se restringe a un nivel de lo técnico y no logra anclarse en los intereses mayores de la acción humana. Desde una perspectiva que retoma los postulados habermasianos para aplicarlos en la reflexión sobre la administración pública, Robert Denhardt propuso que la falta de legitimidad de los organismos públicos ocurre por un conjunto de "comunicaciones deformadas sistemáticamente entre las diversas partes" (Harmon y Mayer, 1999), con lo que la cuestión debe focalizarse en la construcción de prácticas comunicativas con la ciudadanía. De esta manera, la preocupación para la consolidación de una burocracia es buscar desentramar aquellas distorsiones comunicativas que consolidan asimetrías en la relación entre buro-

cracias y ciudadanos.

Los análisis de Bourdieu sobre el Estado constituyen avances tanto en la teoría marxista como también con respecto a los enfoques neoinstitucionalistas. Bourdieu define al Estado como "una X (a determinar) que reivindica con éxito el monopolio del uso legítimo de la violencia física y simbólica en un territorio determinado y sobre el conjunto de la población correspondiente" (Bourdieu, 1993). El ejercicio de la violencia simbólica se ejerce mediante el control sobre la objetividad, es decir, la capacidad de crear estructuras objetivas y, al mismo tiempo, construir categorías de pensamientos –estructuras mentales–; esto es, categorías de percepción y de pensamiento que suponen esas estructuras objetivas. De esta manera, oculta o, mejor aún, naturaliza, las mismas estructuras que crea haciendo olvidar que todo es producto de la acción social humana y que no está inscripto en la naturaleza de las cosas. El Estado es, por tanto, el resultado de un proceso de concentración de diferentes tipos de capital que configuró uno específico, el estatal, capaz de moldear los otros campos sociales y cuya función es la construcción del orden simbólico de la dominación y su universalización. Para comprender cómo se impone este punto de vista como universal, hay que prestarle atención a los productores del sistema simbólico; es decir, a las estrategias de los actores en el momento de construir estos sistemas y a los espacios de posiciones que ocupan. En su propuesta de investigación, lo central es estudiar cómo y por qué los agentes que integran el microcosmos burocrático buscan imponer su interés particular como un interés universal.

Por otra parte, las necesidades sociales y los fines de las organizaciones y del Estado, para Bourdieu, no están dados, no hay un correlato entre ambos. Por el contrario, él estudia los procesos de construcción social tanto de las necesidades como de los fines; en su trabajo sobre las estructuras sociales de la economía (Bourdieu, 2001), analiza cómo el Estado –no en el sentido de un actor autónomo, sino mediante sus procesos internos, sus juegos de poder, etc.– cumple un rol importante en la configuración de estas necesidades, de la demanda; así como ésta incide sobre la producción y el mercado. En definitiva, desde su mirada, estos conceptos son resultados de la relación entre los procesos de construcción de las estructuras objetivas y las estructuras de pensamiento.

En síntesis, todos estos abordajes parten del supuesto de que toda realidad social es construida y no está dada. Tanto las organizaciones como los fines, las necesidades e, inclusive, los usuarios son categorías construidas a partir de la praxis social, ya sea por formas de comunicación o por imposición de dominación de clase; todas estas nociones se hacen en la práctica social, por luchas políticas concretas y en contextos determinados. Así, la noción del contexto social es uno de los factores determinantes de la acción social; no se trata de un conjunto de acciones individuales sumadas –tal como planteaban las teorías del mercado–, sino que la realidad social es un constructo derivado del momento y el lugar histórico en que se encuentra y esto incide en el comportamiento de los sujetos. En términos teóricos, expresa un presupuesto importante, a saber, que la realidad social no es algo que está ahí, como una "cosa", sino que está en permanente construcción. Lo social deja de ser un agregado de decisiones individuales para concebirse como una construcción de grupos sociales, un proceso continuo y dinámico, en el que los sujetos –siempre comprendido como sujetos sociales– construyen activamente su mundo social. El contexto estructura la práctica pero, al mismo tiempo, es estructurado por ésta, al decir de Bourdieu (1977).⁶ En definitiva, tanto las necesidades, como los fines y los usuarios son resultado de un proceso de construcción social, tanto simbólicos como políticos.

6. La noción de estructuras estructurantes que constituyen y se constituyen en estructuras estructuradas es una de las mejores síntesis del pensamiento sociológico moderno.

Como corolario de todas estas perspectivas, es útil introducir, para la reflexión de la administración pública, las nociones de redes sociales, *governance*. La atención no está en el modo en que las organizaciones públicas definen sus fines, ni qué relación hay entre éstos y las necesidades de los usuarios, sino en cómo se articula dentro de una compleja trama social denominada red. La estructura social está definida por las posiciones dentro de ella y el capital social (Bourdieu y Wacquant, 2008) del sujeto está en función tanto de su posición como de su capacidad para movilizar recursos a partir de este lugar; así, éstas inciden, también, en el flujo de recursos y en la construcción de la legitimidad de las organizaciones. Este tipo específico de capital garantiza su inserción a nivel local y, a su vez, su articulación y capacidad de gestionar recursos desde el centro. En un nivel empírico, su construcción es el producto de lazos políticos –en su sentido amplio– a través del cual los sujetos adquieren recursos y los redistribuyen entre los miembros de la red, logrando, al mismo tiempo, consolidar su legitimidad.

La organización pública pasa a ser un nodo dentro de la red, pero con una distinción: es capaz de gestionar los recursos, canalizarlos hacia las demandas de la sociedad local, es decir, del contexto local y no desde las necesidades presupuestas o preconstituidas, como ocurre en la administración pública tradicional. Así, los fines de la organización son traducir las demandas sociales en reclamos concretos por recursos en determinadas áreas de gobierno; la construcción de las necesidades, desde este enfoque, es un proceso continuo en la relación Estado-sociedad, tanto el primero es quien configura las demandas dándole un espacio social dentro de sus trámites internos como también los constituye en necesidades. En este punto, es importante el fortalecimiento de las capacidades analíticas del Estado, de modo tal de comprender las situaciones locales y lograr dar curso dentro del aparato burocrático que, aún hoy, se mantiene como la estructuración de las relaciones sociales hegemónica al interior del Estado.

Estos conceptos superan la falsa dicotomía, expresada por las vertientes de la Nueva Gestión Pública, entre el concepto de ciudadanía y el de cliente expresada por esta corriente; la relación entre Estado y sus usuarios suele ser más compleja que lo formulado en este punto. Las nociones de redes sociales obligan a un análisis más profundo de esta relación. Así, estos mecanismos detallados anteriormente pueden convertirse en un instrumento para la consolidación de la democracia, en la medida en que las bases sociales logran mayor protagonismo en las decisiones políticas. Sin embargo, en algunos contextos, puede transformarse en un mecanismo negativo para la democracia, en tanto y en cuanto uno solo de los nodos se transforme en mediador entre los que tienen los recursos y el resto de la red. Por un lado, generaría una concentración de poder en quienes tienen los recursos, haciendo depender al mediador de sus decisiones discrecionales para otorgarle recursos; por otro lado, el resto de la red (lo local) dependerá de este mediador, con o sin prestigio social, para alcanzar ciertos recursos. Esto es lo que sucedió en Argentina.

En nuestro país, la implementación de la descentralización no se hizo para fortalecer los lazos sociales de lo local por sobre el Estado central (Martínez Nogueira, 1992); por el contrario, se delegaron en las provincias funciones que hasta ese momento las realizaba el Estado nacional, pero prácticamente sin modificar la estructura de los recursos económicos. En otras palabras, se generó una transferencia abrupta de competencias, evitando crear las condiciones adecuadas para que lo local asumiera el nuevo papel que se le estaba asignando. De este modo, no se fortalecieron las redes sociales, sino que se las debilitó aún más, y se construyó una nueva red social entre los administradores locales y el gobierno nacional, mediante el cual obtener los recursos necesarios para la gestión local. Básicamente, se

fortaleció el presidencialismo a costa de los localismos.

En la administración de justicia poco se ha hecho en este sentido, ya que la estructura de toma de decisiones en cuanto a la resolución de conflictos sigue siendo predominantemente burocrática, regida por normas y organizaciones verticales. La introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos es parte de un proceso de reestructuración de estos métodos aun cuando no se tenga completa conciencia de ello. Las experiencias más novedosas emergieron en las políticas de acceso a la justicia, donde la preocupación no siempre es modificar el modo en que la justicia toma decisiones concretas, sino cómo ésta se hace accesible al ciudadano.

Las políticas de acceso a la justicia en nuestro país que, durante las últimas dos décadas, se llevaron a cabo estuvieron orientados tanto a la promoción de los métodos alternativos de solución de conflictos como así también a la descentralización. Las primeras experiencias estuvieron focalizadas en los centros de asesoramiento y patrocinio gratuito; así como en la descentralización de las instituciones jurídicas, ya sea por la creación de nuevos juzgados (las políticas tradicionales) como por la creación de Casas de Justicias y sistemas multipuertas (nuevas modalidades de descentralización judicial). Se trataron de iniciativas desde el Estado hacia abajo –de tipo *top down*– sin tener en cuenta ni la demanda ni cómo implementarlo en el resto de las provincias. Muchas de sus fallas y errores son producto de la imposición por parte del Estado sin un estudio profundo de la demanda.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se están implementando las Unidades de Orientación al Habitante, desde el Ministerio Público Fiscal, con la participación del Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura de la Ciudad. Se trata de la creación de oficinas encargadas de tomar denuncias de los vecinos para causas penales (sólo algunas materias correccionales), contravencionales y de faltas, para luego ser tramitadas por las fiscalías del fuero Penal, Contravencional y de Faltas. Allí mismo, se encuentran mediadores del Consejo de la Magistratura de la Ciudad, quienes interceden en los conflictos vecinales para dar una respuesta anticipada antes de la tramitación en sede judicial. Estas unidades se instalan, poco a poco, en dependencias descentralizadas y, según lo establece el proyecto, se prevé la extensión hacia otros lugares más apartados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata de estrategias que buscan captar las denuncias, acercando geográficamente al vecino las bocas de entrada al sistema judicial.

Otra modalidad es el diseñado por CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas), en la localidad de Moreno, que tuvo entre sus objetivos identificar las necesidades jurídicas insatisfechas. En la formulación del proyecto, las necesidades jurídicas insatisfechas son entendidas en dos acepciones: la primera es aquella insatisfacción de los usuarios por la respuesta obtenida por sus esfuerzos u otros sin vinculación con el sistema judicial en la solución de sus problemas; la segunda remite a las aquellas demandas que ni siquiera son acercadas al sistema jurídico, o bien están allí pero sin representación de un abogado o de un mediador (CIPPEC, 2004). Para ello, se elaboran encuestas y entrevistas en profundidad acerca de cómo están cubiertas estas necesidades y qué canales utilizan para contrarrestar los obstáculos en el acceso a mecanismos institucionales donde reclamar y efectivizar sus derechos. Esto supone políticas públicas sustentadas en el análisis y en la reflexión constante de sus implementadores.

En síntesis, hasta el presente las mayores innovaciones en términos de políticas públicas para la justicia son modalidades diversas de acercamiento de la justicia al vecino, es decir, políticas de acceso a ella. Sin embargo, en muy contadas excepciones, las administraciones

de Justicia se han replanteado sus procesos internos de toma de decisiones y las modalidades de organización del trabajo, a partir de conceptos nuevos (incipientemente se introdujeron algunos de los postulados de la Nueva Gestión Pública). Resulta conveniente introducir estrategias de reforma que involucre tanto las políticas de acceso como una reestructuración de la misma organización burocrática, que apunte a la desformalización de los procesos y a establecer formas más adecuadas de comunicación con la sociedad en su conjunto.

En el apartado siguiente, se proponen algunas ideas básicas en términos de los conceptos aquí desarrollados, previo a una reflexión acerca del concepto de usuario y su incidencia en la formulación de las políticas planteadas. Son sólo algunas propuestas de implementación, tanto en cuanto al acceso a la justicia como también, desde el punto de vista de algunos cambios incipientes en las estructuras burocráticas presentes. No se trata de cambios radicales, sino de algunas modificaciones de prácticas que, a largo plazo, podrían reconstituir los lazos con la sociedad.⁷

III. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “USUARIOS” PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

3.1. LA JUSTICIA Y SUS DESTINATARIOS

En un excelente artículo, John Alford (2010), un profesor de Gerenciamiento del Sector Público en la Melbourne Business School de la Universidad de Melbourne, Australia, presentó una distinción alternativa a la propuesta de la noción de clientes sostenida desde la Nueva Gestión Pública. Para este autor, la relación de los organismos públicos no puede reducirse al mero intercambio de tipo transacción económica o, más precisamente, centrado en el consumo. En el ámbito público, hay una diferencia entre quien expresa las preferencias sobre qué valores producir y quién efectivamente recibe los valores. “El valor entregado es consumido por ambos: los ciudadanos (que reciben valor público) y los clientes (que reciben valor privado)” (Alford, 2010:4). Por otra parte, la misma naturaleza de la relación presenta una diferencia sustancial con el modelo de intercambio económico, ya que la ciudadanía no expresa directamente sus preferencias sino a través de la elección de sus representantes y dentro de un proceso político específico; mientras que, en el modelo del mercado, la expresión de la validez del producto es expresado de manera directa por los clientes al seleccionar pasivamente entre las opciones que presenta el mercado.

Como resultado de todo ello, la relación de los individuos con los organismos públicos se da según distintos roles que cumple con respecto a ésta. Así, en caso de que un servicio público determinado pueda pagarse directamente, su rol se asemeja a lo que ocurre en el mercado y es, por tanto, un cliente tanto de esta organización como de este servicio, como ocurría en su momento con las empresas telefónicas en nuestro país. Otro rol que puede cumplir una persona frente a un organismo público es el de beneficiario, es decir, recibe un determinado bien o servicio sin necesidad de retribuirlo; este es, prácticamente, la mayor cantidad de los servicios que presta el Estado. Por último, aquellos que reciben un “servicio” en forma de coerción –sintetizado bajo la noción de derecho-habiente–, es decir, no es que el individuo opta por el servicio sino que, por el contrario, el Estado impone una coerción y, para ello, obliga el cumplimiento de un deber; un claro ejemplo es la prisión donde el destinatario del servicio no está satisfecho con el servicio brindado; y, también, como otro ejemplo es todo el sistema penal en su conjunto para el caso de los imputados. Por otra

7. El concepto de redes es ampliamente tratado desde diversos puntos de vista, tanto desde las políticas públicas como desde su carácter relacional y articulador de intereses. Para una síntesis de los distintos enfoques de las redes, ver Fleury (2002).

parte, estos roles no son mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, un individuo puede estar cumpliendo uno o dos roles alternativamente.

Desde otra perspectiva, que también presta atención a la compleja trama en la relación entre Estado y sociedad, es la desarrollada por Jorge Hintze (2001), sociólogo argentino dedicado a la administración pública. Para él, esta relación se traduce en una cadena de generación de valor que se da en un triple vínculo entre los diversos involucrados en las políticas públicas. Desde esta perspectiva, el resultado del trato inmediato entre un organismo público y un usuario es lo que llama el producto de una política pública específica, pero esto no culmina allí; del consumo que el usuario hace de ese producto emerge otro resultado, al que lo denomina impacto y que, al mismo tiempo, es consumido por otro grupo de gente, los beneficiarios inmediatos; por último, de ello surge otro más, que es lo que llama el efecto, esto es, el resultado del consumo que hacen los beneficiarios inmediatos del impacto, y este es, al mismo tiempo, consumido por otras personas, los beneficiarios mediatos, el último eslabón de la cadena de generación de valor. En definitiva, de la relación entre producto –usuario surge el vínculo entre impacto– beneficiario inmediato y, de este, aparece el efecto –beneficiario mediato. En definitiva, esto muestra que el vínculo entre Estado-usuarios es más complejo de lo que se suele pensar.

Esto llama la atención sobre lo compleja que es la relación entre Estado–sociedad o, mejor aún, entre organización–fines–necesidades–usuarios, lo que supone una reflexión más profunda en torno a los procesos de trabajo de la administración pública. En tanto que las necesidades y los fines no están dados, sino que son procesos de construcción social, en tanto que la relación establecida entre el Estado y sus destinatarios es más compleja que el vínculo de clientes, como también con los ciudadanos, los organismos públicos deben estar, lo que supone no sólo pensar en la satisfacción de las demandas sociales sino también en ser capaces de detectar nuevas demandas, de canalizarlas y de darles un espacio en su interior. En otras palabras, crear un Estado inteligente, con capacidades institucionales analíticas y de gerenciamiento de redes sociales, que le permita dar respuesta inmediata y atento a las realidades locales. Por tanto, desde este punto de vista, se distinguen dos tipos de procesos: los procesos destinados a la satisfacción de las demandas de los usuarios y los procesos destinados a la construcción de las demandas sociales de los usuarios (procesos orientados a la toma de conciencia de los habitantes).

En la administración de justicia poco lugar se ha dado a otras políticas que no estén vinculadas a la descentralización de juzgados, fiscalías, bocas de denuncia, etc. La participación social de la ciudadanía constituyó sólo un aspecto marginal de las propuestas en este marco; así como también, la mejora de la gestión de juzgados y fiscalías está anclado en la calidad de los procesos actuales, sin una crítica activa de ello. En concreto, no hay atención a las demandas sociales y, tan sólo marginalmente, hay procesos de construcción de la demanda –tomas de conciencia– con proyectos como los de formación ciudadana. En este apartado, se sintetizan de qué manera los conceptos vertidos en la sección anterior deben articularse en una política judicial inteligente, alerta a las demandas sociales, a los distintos tipos de usuarios y capaces de generar tomas de conciencia sobre los derechos. Esto es, procesos destinados a la satisfacción de las demandas y otros destinados a la construcción de las demandas sociales de los usuarios.

3.2. LA CONSTRUCCIÓN DE REDES SOCIALES PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Como se señaló anteriormente, la crisis del modelo jerárquico del Estado hizo lugar al concepto de gobernanza, entendido como una mayor amplitud de la participación ciudadana

en las políticas públicas, y el mejor modo de generarlo es mediante la construcción de redes sociales. Los autores que trabajan desde la perspectiva de la gobernabilidad⁸ la definen como un espacio local desde el cual no sólo se reconoce la pluralidad de actores sociales involucrados en las políticas públicas, sino que, también, supone "la articulación de estos actores en marcos organizativos comunes desde los cuales intercambiar recursos, negociar prioridades y tomar decisiones relacionadas con proyectos públicos compartidos" (Blanco Goma, 2003:81). Las políticas orientadas a mejorar el acceso a la justicia deberían pensarse de este modo, es decir, a partir de la conformación de redes sociales con un área responsable de gestionarla, articularla y promoverlas.

Mayntz (2006) reconoce tres tipos de redes sociales: las relaciones de cooperación puramente estatales, es decir, las que se dan en el nivel ministerial o entre diferentes niveles estatales de carácter vertical; las relaciones de cooperación entre actores estatales y privados, esto es, estructuras de redes de políticas con agrupaciones que representen intereses sectoriales; y las relaciones de autorregulación social voluntarias o impuestas a solicitud del Estado, como son las cámaras de comercio, etc.

En este sentido, las redes sociales por el acceso a la justicia deben orientarse en estas tres direcciones. En este sentido, las redes sociales por el acceso a la justicia deben orientarse en estas tres direcciones. Por un lado, la construcción de conocimiento tanto de las necesidades jurídicas insatisfechas, esto es, orientar la acción hacia la elaboración de diagnósticos participativos focalizados en la detección de las desigualdades en el acceso a los derechos de los habitantes, y creando proyectos que garanticen el cumplimiento efectivo del derecho; esto es mecanismos de autorregulación. Por otro lado, deben orientarse a la creación de canales de formación jurídica-ciudadana hacia todos los sectores en los que se inserte, capacitando vecinos en los mecanismos y formas de reclamar por los derechos establecidos, es decir, enseñando cuáles son las vías jurídicas adecuadas para hacerlo; esto es, mecanismos de relación público-privado. Por último, y al interior del Poder Judicial, las redes sociales de magistrados y empleados judiciales orientados al fortalecimiento de los procesos judiciales, a la búsqueda de mejoras en la gestión judicial y a la definición de estándares plasmándolos en documentos como las Cartas Compromisos con el Ciudadano; esto es, mecanismos de articulación interestatal. Por medio de ello, se busca la democratización interna del Poder Judicial, que permitiría una mayor sensibilidad hacia las formas democráticas de la ciudadanía.

La gestión de las redes sociales debería pensarse desde la gestión interna, por medio de la cual se busca poner en marcha la red e intensificar sus interacciones para alcanzar los objetivos propuestos. Para ello, es preciso activarla, es decir, fortalecer nodos claves para ponerla en movimiento; fortalecer la densidad relacional, lo que supone la creación de escenarios positivos que canalizan constructivamente los conflictos internos; por último, es conveniente promover la intermediación en el sentido de generar capacidades de encuentro que canalicen las diferencias entre los actores intervinientes hacia la acción. En cuanto a la gestión de la estructura de la red se debe trabajar sobre la configuración básica de la red, buscando incorporar nuevos actores sociales, haciéndola más permeable; sobre la distribución del poder con el objetivo de alterar los patrones de asimetría; sobre los valores y percepciones, esto es, producir marcos de referencia común al conjunto de los actores de la red (Natera, 2004; y Brugué, Goma y Subirats, 2002). Asimismo, es preciso considerar las relaciones con su

8. Se parte del supuesto que el conflicto está presente en toda relación social, con lo que no se pretende eliminarlo sino, por el contrario, aprovecharlo como una herramienta más para la búsqueda del objetivo común. En este caso, el conflicto entre dos o más actores sociales comunales es un instrumento para llegar a un mayor número de personas, ya que garantizará el compromiso de todos los sectores sociales más allá de sus diferencias.

entorno inmediato, es decir, observando si existe o no apertura o permeabilidad, si solamente se presenta reactividad o proactividad ante situaciones que presenta el contexto. Por último, para que adquiera cierta "comunidad de intereses" es conveniente pensar en los mecanismos de institucionalización de la red, promoviendo la estabilidad de las interacciones (Natera, 2004). Su liderazgo, para la puesta en marcha de políticas de acceso, debería estar en manos de un organismo del Estado competente en la elaboración e implementación de políticas de acceso a la justicia. En su construcción, es preciso tener presente su ordenamiento, esto es tanto su densidad entendida como el número de actores sociales involucrados; como la heterogeneidad, esto es la naturaleza de los actores sociales involucrados; y la intensidad relacional, de sus interacciones sociales. Estos son los tres tipos de redes propuestos.

3.3. LA GESTIÓN DE REDES DE EXTENSIONISTAS

El concepto de "extensionistas" son vecinos con cierto liderazgo o reconocimiento, con la capacidad y el interés de conocer y difundir tanto los derechos como los mecanismos institucionales para reclamar su cumplimiento efectivo; pero, a su vez, deberá encargarse de capacitar a otros vecinos con los mismos instrumentos. Esta red deberá configurarse entre vecinos de determinada localidad de modo dinámico, incorporando nuevos vecinos con el correr del tiempo para no generar un monopolio de acceso al conocimiento por parte de uno solo de ellos. Se caracterizarán por ser heterogéneas, con relaciones conflictivas al interior de cada una de ellas (por cada localidad se promoverá una red en donde estén integrados todos los actores locales), pero que incentivará a una mayor participación social.

En definitiva, se tratará de redes abiertas, con una configuración de múltiples actores heterogéneos y, posiblemente, en conflicto por el acceso a los recursos del Estado –el conocimiento sobre cómo recurrir y adónde hacerlo–, lo que necesitará la construcción de una visión integradora, un conjunto de valores sustentados en la integración comunal y en la búsqueda conjunta de formación ciudadana. Por este motivo, la gestión de estas redes supondrá estar atentos a la configuración interna de la red, evitando el cierre e incentivando la participación de nuevos actores sociales, sorteando la monopolización de un solo actor en el acceso al conocimiento y construyendo un marco simbólico común –el "extensionismo" como valor social– que logre cierta integración social en el marco del cual canalizar, productivamente, los conflictos.⁹

3.4. La gestión de redes de análisis participativo

La gestión de redes de análisis participativo –encargadas de estudiar las necesidades jurídicas insatisfechas– es más compleja porque requiere una autorreflexión de su propia práctica consuetudinaria. Se trata de redes sociales heterogéneas, con amplia participación pero que supondrán intensas relaciones conflictivas dado que se espera encontrar varios líderes comunales que dirimen las contiendas locales, pero en competencia entre sí. De esta manera, la construcción de conocimiento participativo estará signada tanto por el conflicto interno como por el modo de articularse con los aparatos del Estado; la creación de un marco simbólico común requerirá mayores esfuerzos, lo que permitirá conformarse con ciertos acuerdos comunes. En este caso, son redes sociales con altos niveles de conflictividad interna, desigualdades y asimetrías en competencia; la gestión, tanto interna como de su estructura, será difícil y requerirá una mayor presencia del organismo responsable de liderarla.

9. Es posible que, en algunos casos, estos líderes puedan estar en conflicto con la ley, con lo cual su participación será nula; así como también, es posible encontrar mecanismos violentos para la dirimir de los conflictos, al margen de la ley. Cada caso necesitará de un análisis pormenorizado del organismo interviniente y la búsqueda de estrategias dentro del marco de la ley; en este sentido, la creatividad será un elemento esencial tanto para el conocimiento de prácticas locales como para la búsqueda de encuentros con el sistema formal.

El proceso de investigación participante garantizará cierta continuidad en las interacciones sociales, con relativa estabilidad y representación social. Por su parte, el organismo encargado de liderar estas redes, deberá contar con cierto conocimiento –experto en la práctica de la investigación social, capaz de ser transmitido a la red, dejando sentada cierta capacidad instalada para ser utilizada en otros problemas sociales. Sin embargo, lo importante es priorizar el diálogo y la reflexión participativa de las propias prácticas, por sobre diagnósticos tecnocráticos; ya lo advierten Blanco y Goma (2003: 93) en su trabajo sobre políticas llevadas a cabo por medio de redes, en donde expresaban que: "Cuando eso se produce en detrimento del diálogo y la negociación alrededor de los objetivos y de las prioridades, como ocurre en algunas experiencias aquí analizadas, nos estamos aproximando a un enfoque de corte neotecnocrático".

Por tanto, si bien son importantes los saberes técnicos, no lo son más que los saberes locales.

3.5. LA CARTA COMPROMISO CON EL CIUDADANO COMO RED INTERNA

La última red aquí propuesta es la de los operadores judiciales, es decir, magistrados y empleados del Poder Judicial en pos de buscar mejorar los procesos judiciales, con el objeto tanto de reducir los costos de transacción de los litigios, como los tiempos de tramitación y la propia transparencia de la gestión. La configuración de las redes intergubernamentales es una práctica poco usual en nuestro país, y mucho más extraña lo es en el Poder Judicial; se trata de redes más cerradas, con ciertos acuerdos comunes en muchos puntos –lo que permite un lenguaje común y mayores oportunidades para alcanzar consensos–, con algunos valores compartidos, es decir, se tratará de redes más consolidadas y cerradas. De hecho, se corre el peligro de crear o fortalecer ciertos lazos corporativos perdiendo de vista el verdadero sentido de la red; para evitarlo, es conveniente fijar como objetivo el establecimiento de ciertos compromisos con los usuarios de la justicia o, más precisamente, con la sociedad en su conjunto. Para ello, una herramienta para resaltar son las Cartas Compromiso con el Ciudadano.

Estos instrumentos son documentos confeccionados participativamente con los propios miembros de la organización, en donde se plasman tanto la Misión Institucional, como los principales procesos de trabajo, las direcciones de las dependencias y, por último, los estándares de desempeño. La elaboración de un documento de estas características requiere la configuración de una red compleja e imbricada de muchos actores sociales, para una definición clara tanto del contenido como de los instrumentos para la evaluación del Poder Judicial. Las Cartas, por tanto, establecen compromisos de calidad para la organización, lo que supone un análisis de las prestaciones, buscando perfeccionar los procesos mediante la creación de círculos virtuosos de la mejora continua (Programa Carta Compromiso con el Ciudadano, 2007).

Como ocurre en los otros dos ejemplos, es conveniente la participación de la mayor cantidad de actores sociales –pero siempre estará reducido a magistrados como empleados– de modo tal de alcanzar los consensos adecuados para que no exista una escisión entre lo expresado en el documento y los intereses internos de los operadores. Por otro lado, y en el contexto del Poder Judicial resulta más conveniente resaltarlo, es importante promover la participación en un ambiente en el que las asimetrías jerárquicas puedan ser minimizadas. La horizontalidad es una de las características básicas de las redes sociales y, en contextos organizacionales, resulta complejo introducirla, máxime en organizaciones sumamente piramidales y jerárquicas; en otras palabras, desde la gestión de su estructura, el primer

obstáculo para remover es incidir sobre la distribución del poder, impidiendo que la jerarquía no logre anular la participación. Otro desafío en la gestión de su estructura será la búsqueda de pensamiento crítico sobre la propia práctica, es decir, alcanzar una visión común centrada en la crítica del trabajo cotidiano y la capacidad de generar pensamiento creativo promoviendo soluciones nuevas e innovadoras o, lo que es lo mismo, canalizar los esfuerzos para construir marcos de referencias alternativos a los impuestos organizacionalmente.

Por último, una estrategia para la institucionalización de las redes intergubernamentales es el establecimiento de los llamados "círculos de calidad", esto es, grupos más acotados de empleados y magistrados que estudian, regularmente, el servicio brindado, ideando mejoras en los procesos de gestión. Estos "círculos" por fueros construyen los nodos centrales sobre los cuales anclar las políticas de calidad del Poder Judicial; por su parte, colaborará en la creación de pensamiento crítico, con información adecuada sobre la gestión del organismo, sobre la práctica y la respuesta brindada a los usuarios.

IV. CONCLUSIÓN

La noción de usuarios y la construcción comunicativa

En el presente artículo se analizó el desarrollo de las teorías de la administración pública y de las organizaciones a partir de diversos enfoques teóricos que, entre otros de los temas, se articularon en torno a cuatro nociones: organización – fines – necesidades – usuarios. En los primeros enfoques, tanto fines como necesidades eran vistas como aspectos de la misma moneda y que, en otros términos, era definido bajo el concepto de función. La Nueva Gestión Pública introdujo la noción de usuario como cliente y se centró en las relaciones entre los clientes y las organizaciones, desplazando la pregunta en torno a la relación fines y necesidades. Para esta perspectiva, lo central era focalizar la reflexión sobre el producto de la administración pública, entendido como valor público en tanto que satisface las necesidades de sus usuarios; pero no se percibía los procesos de construcción de fines ni de necesidades. Las nuevas corrientes en administración pública consideraron los cuatro términos bajo análisis como constructos sociales (ya sea de clases, de intereses particulares, como del resultado político). Así, no percibieron un correlato entre fines y necesidades como tampoco entre organización y fines, ni entre necesidades y usuarios; por el contrario, entendieron que estas relaciones son, en síntesis, resultado de procesos conflictivos, en tensión permanente; en definitiva, los concibieron en términos de la complejidad política, de la construcción política.

A partir de la caracterización de los usuarios realizada por Alford, de la de Hintze sobre la cadena de valor y la reutilización del concepto de redes sociales, se trazaron algunas ideas básicas sobre cómo articular Estado y sociedad en términos de organismos atentos e inteligentes, capaces de captar demandas, de construirlas buscando extender aquellos aspectos que, hasta el presente, les está vedado a gran parte de la sociedad. En otras palabras, a la búsqueda de construir governance. A lo largo del trabajo, también se hizo mención a cómo estas corrientes teóricas poco a poco se están volcando en la administración de Justicia, pero no lograron articularse coherentemente sino que se trata de ejercicios individuales de mejora de la gestión de algún magistrado a través de herramientas como las ISO 9000 y otras provenientes de la gestión privada. En el tema donde más innovación hubo fueron en cuanto a políticas públicas es en el acceso a la justicia -donde se ensayaron sistemas multipuertas, descentralización, etc.- pero que, en términos generales, no logra articularse con el resto de las políticas propiamente judiciales. Con esto presente, se ensayó en la última sección del trabajo un conjunto de políticas judiciales coherentes y articuladas, orientadas

tanto al acceso a la justicia como también a la introducción de estrategias para la mejora de la gestión judicial. Ambos puntos no son aspectos escindidos unos de otros, si lo que se quiere es construir una administración judicial "inteligente", sino que, por el contrario, son acciones conjuntas capaces de nutrirse mutuamente.

Las nociones de organización, fines, necesidades y usuarios no pueden darse por sentadas, sino que exigen un constante y dinámico proceso de análisis, supone de parte del Estado, estar atento a los reclamos sociales, a las demandas de modo tal de referenciarlos en los procesos internos de trabajo; exige de un Estado inteligente, capaz de construir redes sociales locales, que supongan una reflexión sobre sí mismos, sobre sus servicios. En definitiva, implica que quienes conformen los cuadros estatales sepan que su trabajo es ir más allá de sus rutinas diarias, de sus procesos de trabajo; es necesario contar con agentes con capacidades analíticas, atentos a las demandas sociales, configurando con ellas respuestas nuevas e innovadoras. El presente ensayo es sólo una propuesta enfocada a la administración de justicia, sustentada en la articulación entre las políticas de acceso a la justicia con las orientadas a la efectivización de la administración de justicia; una propuesta que involucra la construcción participativa de los agentes y la sociedad en su conjunto.

V. BIBLIOGRAFÍA

Abrams, P. (1988): "Notes of the difficulty of study the state", en *Journal of historic sociology*, N° 1, Vol.º 1 .

Alford, J. (2010): "Definiendo el cliente en el sector público: una perspectiva del intercambio social", disponible online en: *Tecnologías para la Organización Pública*, <<http://200.80.149.114>>.

Barzelay, M. (1998): *Atravesando la burocracia*, México, Fondo de Cultura Económica.

Blanco, I. y Goma, R. (2003): "Gobiernos locales y redes participativas: retos e innovaciones", en *Revista CLAD*, N° 26, junio.

Bourdieu, P. (1977): "Outline of a theory of practice", Nueva York: Cambridge University Press.

— (1993): "Génesis y estructura del campo burocrático", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, N° 96/97, marzo, pp. 49-62.

Brugué, Q.; Goma, R. y Subirats, J. (2002): "Gobierno y territorio: del Estado a las redes", En J. Subirats (comp.), *Redes, territorios y gobierno. Nuevas respuestas locales a los retos de la globalización*, Barcelona: UIMP.

Carnoy, M. (1984): "The state and political theory", NJ: Princenton University Press.

Estévez, A. M. (2001). "Una comparación entre la teoría de la Nueva Gestión Pública y la teoría de la Calidad Total", disponible online en: <www.polipub.com>.

Fayol, H. (1967). *Administración Industrial y General*, México: Herrero Hermanos.

Flcury, S. (2002): "El desafío de la gestión de las redes de políticas", en *Revista Instituciones y Desarrollo* N° 12-13, pp. 221-247.

FORJA (2002): FORJA, disponible online en: <www.redjusticiaforja.cl>.

Frederickson, G. (2000): "Can bureaucracy be beatiful?", en *Public administration review*, 60(1): 47-56.

- Giddens, A. (1994): *El capitalismo y la moderna teoría social*, Barcelona, Labor.
- Harmon, M. M. y Mayer, R. T. (1999). *Teoría de la Organización para la Administración Pública*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Hintze, J. (2001): "Gestión presupuestaria de estructuras: un instrumento para la gestión por resultados", ponencia presentada en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, 5 al 9 de noviembre, La Plata, publicada en <www.top.org.ar>.
- Malinowski, B. (1981): *Una teoría científica de la cultura*, Barcelona, Edhasa.
- Martínez Nogueira, R. (1977): "La administración pública como problema político", en AA.VV., *Pensar la República*, Buenos Aires, Persona a Persona.
- (2001): "La gestión pública: Del diálogo crítico a la evaluación de la diversidad", *Revista Política y Gestión*, N° 1 .
- Marx, K. (1995): "Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850", en *El dieciocho* brumario de Luis Bonaparte, Madrid, Espasa Calpe.
- Mayntz, R. (2006): "Governance en el Estado moderno", en *Revista POSTdata*, número 11, abril, pp. 103-117.
- Meny, Y. y Thoening, J.-C. (1992): "Políticas públicas y teorías del Estado", en *Las políticas públicas*, Barcelona, Ariel.
- Natera, A. (2004): "La noción de gobernanza como gestión pública participativa y reticular", *Política y Gestión*, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Ciencia Política y Sociedad.
- North, D. (1995): "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico", Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.
- Peters, G. (2003): "El nuevo institucionalismo", en *La teoría institucional en ciencia política*, Barcelona, Gedisa.
- Pfeffer, J. (2000): "Nuevos rumbos en la teoría de la organización: problemas y posibilidades", México: Oxford University Press.
- Programa Carta Compromiso con el Ciudadano. (2007): "Gestión de calidad y Nuevas tecnologías de información y comunicación", Buenos Aires, Subsecretaría de la Gestión Pública.
- Roca, J. (1998): *Antropología industrial y de la empresa*, Barcelona, Ariel.
- Taylor, F. W. (1967): *Principios de la administración científica*, México, Herrero Hermanos.
- Weber, M. (2004): *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.



Eje Temático

Derechos de los pacientes

1er. Premio

Desierto

2do. Premio

Desierto

3er. Premio

“El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud”

Paula Andrea Saba y Pablo Ariel Temponi



Paula Andrea Saba y
Pablo Ariel Temponi

El derecho de los pacientes a una
buena administración del servicio
público de salud

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. Premio

El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud**

Paula Andrea Saba y Pablo Ariel Temponi**

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos a los derechos de los pacientes, es casi imposible no pensar inmediatamente en el derecho a la salud y, consecuentemente, con el derecho a la vida y a la integridad, derechos que están reconocidos en la Ley Suprema, así como en los instrumentos internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22.¹ En efecto, no resulta posible suponer un goce pleno del derecho a la vida cuando se sufre de una enfermedad que implica la merma de la integridad física. Se trata de derechos que se vinculan íntimamente. El derecho a la vida constituye el género y los derechos a la salud y a la integridad física, las especies, sin que por ello dejen de representar cada uno de tales derechos, objetos jurídicos identificables y exigibles de manera directa.² Los tres amparan bienes fundamentales diferentes, pero interrelacionados.

Más allá de lo expuesto, entendemos –junto con un sector importante de la doctrina– que el derecho que nos ocupa, el de los pacientes, abarca facetas que exceden el marco que define el caro derecho a la salud e incorpora otros derechos que le dan integralidad. Los derechos a la dignidad, a la autonomía personal, a la igualdad, a la información, a la intimidad, a los beneficios de la seguridad social, a la prestación de los servicios de salud son sólo algunos de los aspectos que conforman los derechos de los pacientes.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO PARTICULAR DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES

La doctrina ha propugnado muchas clasificaciones de los derechos fundamentales, cuyo análisis –obviamente– excede el ámbito de este estudio. Por eso, apelaremos sólo a la clasificación que sigue el criterio estructural, pues es la que brinda una idea de relación jurídica poniendo en contacto los elementos típicos del derecho subjetivo: titular, obligado y contenido sin privilegiar ninguno de ellos.³ En virtud de esta clasificación, los derechos pueden ser categorizados en derechos de defensa, derechos prestacionales y derechos de estructura compleja.

Los primeros (derechos de defensa) se subdividen, a su vez, en derechos reaccionales y derechos de libertad; es decir, aquellos respecto de los cuales se prohíbe toda intervención

* Trabajo ganador del 3er Premio Formación Judicial 2010, en el eje "Derecho de los pacientes".

** El seudónimo utilizado fue "Sócrates".

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3º); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1º); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6º y 7º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4º y 5º); Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12).

2. A este respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha expuesto que "la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa", por ello "cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque su conexidad próxima es inminente" (Sentencia T-494 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

3. Para un estudio más profundo del tema, ver Escobar (2005:53).

exterior y que son gozados por los individuos sin tomar conciencia de dicho disfrute hasta que éste es transgredido desde afuera⁴, por un lado; y aquéllos que el titular decide ejercer conscientemente sin que pueda disuadirse, dificultarse, prohibirse o castigarse su práctica⁵.

Los segundos (derechos de prestación) son aquellos que –tras la aparición del Estado social del derecho– tienen por objetivo la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos propendiendo a la igualdad material que el modelo impone. Incluyen tanto los derechos de organización y procedimiento como los de prestación en sentido estricto. Los mencionados en primer lugar, importan los derechos a exigir a las autoridades públicas el establecimiento de organizaciones y procedimientos para el goce real y efectivo de los derechos fundamentales. Los señalados en segundo lugar son los que permiten reclamar las prestaciones efectivas.⁶

Los terceros (derechos de estructura compleja) son aquellos en los que se verifican características de más de una de las subcategorías precedentes.

Ahora bien, bajo el mote “derechos de los pacientes” se engloba un derecho atípico pues no resuelta posible, a nuestro entender, encuadrarlo en algunas de las categorías o subcategorías clasificatorias mencionadas.

Nótese que –por constituir un conglomerado de derechos aplicado a una situación individual particular (la calidad de paciente)– goza de las características de cada uno de aquellos, sin que por ello pueda sostenerse que se trata de un derecho de estructura compleja pues este tipo de derechos son los que comparten cualidades de algunos de los cuatro subtipos mencionados.⁷ Empero, los derechos de los pacientes exceden dicha definición, pues no se trata de un derecho que puede ser clasificado en distintas categorías, sino que se trata de varios derechos cada uno de los cuales puede ser a su vez encuadrado en una o más categorías.⁸

La reciente ley 26.529, sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada el 19 de noviembre del mismo año, recepciona –de alguna manera– el amplio espectro de derechos a los que hicieramos referencia. Es así que el art. 1º alude al “ejercicio de los derechos del paciente en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica”. De una manera más precisa, y en el marco de los derechos ya enumerados, el art. 2 reconoce expresamente como integrantes del derecho de los pacientes, el derecho a un trato digno que respete las convicciones personales y morales; el derecho a la intimidad en el ejercicio de la actividad médico-asistencial tendiente a obtener, administrar, transmitir información; así como el respeto por la dignidad y la autonomía de la voluntad en cuanto a la decisión de aceptar o rechazar los consejos médicos terapéuticos con o sin expresión de causa; también, el derecho a la confidencialidad (derivado del derecho a la intimidad); el derecho a recibir información sanitaria verbalmente o por escrito, y a no recibirla en

4. El ejemplo más claro es el derecho a la vida.

5. Por caso, el derecho a la libertad religiosa.

6. Vgr. los derechos a la salud y a la educación.

7. Escobar (2005:63) cita como ejemplos de estructura compleja, por ejemplo, el derecho de propiedad, que es al tiempo un derecho reaccional que se goza de manera inconsciente y un derecho de libertad, pues su titular puede disponer libremente desprenderse de dicho bien. Otro ejemplo que brinda es el derecho al medio ambiente adecuado, que se erige como un derecho reaccional, pues protege de atentados contra el ecosistema, al tiempo que impone un mandato de actuación a los poderes públicos (derecho de prestación) de proteger los recursos naturales y restaurar los bienes afectados.

8. En efecto, no puede ser categorizado sin más como un derecho reaccional, de libertad o de prestación. Tampoco consideramos que pueda ser categorizado como un derecho de estructura compleja, pues, como se sostuviera, constituye un conglomerado de derechos de distintos tipos.

caso de manifestarlo expresamente. Asimismo, reconoce el derecho de ser asistidos por profesionales de la salud, los que no podrán rehusarse a atender al paciente por razones ideológicas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición, pudiendo eximirse el profesional actuante de este deber sólo cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente. Como surge de lo expuesto precedentemente, la reciente ley admite los variados derechos que conforman los derechos de los pacientes.

III. LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES

3.1. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL

La ley mencionada es el producto de un contexto social y jurídico previo que se constituyó en el germen de su dictado. En efecto, la reforma constitucional de 1994 dio origen a profundos cambios en el ámbito de los derechos fundamentales. Si bien con anterioridad a tal suceso, los derechos humanos se reconocían en nuestro país, muchos operadores jurídicos consideraban que su exigibilidad dependía del carácter operativo o programático del derecho fundamental.

Sin embargo, a partir de la reforma, nuestra Carta Magna sufrió modificaciones, entre las que cabe mencionar, por su trascendencia, la jerarquización de los derechos humanos.

Esta circunstancia marca un hito histórico en el proceso tendiente al reconocimiento y a la efectiva protección jurisdiccional de los derechos humanos. Sin embargo, está claro que su sola declamación no lleva aparejado su goce efectivo. Para poder lograr su operatividad frente a la omisión o inobservancia de las autoridades, resultaba necesario establecer mecanismos que garanticen el ejercicio de esos derechos y, también, por qué no decirlo, jueces capaces de reconocerles vigencia.

Si bien la positivización de los derechos humanos fue sin duda un suceso sin precedentes, esto no puede agotarse en aquella circunstancia. Es así que -como dijimos anteriormente- su efectivización depende ya no sólo de que se encuentre plasmado en la norma suprema, sino más bien, en la existencia de mecanismos legales susceptibles de garantizar aquellos mandatos en la realidad. El hecho de que estos derechos se encuentren plasmados en la Constitución Nacional traduce el plano de protección que los derechos humanos tienen en la realidad.

Es decir, la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento constitucional de los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales a través del art. 75, inc. 22, constituyeron una de las causas que dieron lugar a la vigencia actual de los derechos de los pacientes. Más aún, la misma reforma admitió, en el art. 42, el derecho de los usuarios y consumidores de bienes y servicios -en su relación de consumo- "a la protección de la salud (...), a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

3.2. OTRAS FUENTES

Empero, las circunstancias descriptas no fueron los únicos antecedentes que se manifestaron para que cobraran vigencia los derechos de los pacientes. También cabe aludir a la burocratización de las relaciones sanitarias, así como su complejización producida por el desarrollo científico, técnico y tecnológico acaecido, en particular, durante el siglo XX.

En efecto, la conjunción de la apreciación del hombre como ser autónomo, capaz de decidir libremente sobre su destino, sobre el alcance y la forma en que quiere desarrollar

su vida, por un lado, y por el otro, la cada vez más compleja relación médico-paciente que hace que estos últimos deban contar con mayor cantidad de prestaciones para cubrir todos los aspectos de su salud, más información y mejor calidad de los servicios, dieron origen a los derechos de los pacientes como derecho fundamental autónomo.⁹

Conforme lo hasta aquí expuesto, el contenido de los derechos de los pacientes no se agota en una determinada prestación ni en la protección de un único bien jurídico. Se trata de un derecho de contenido variado y variable que se concretará a medida que su titular vea afectado alguno de los derechos que lo conforman, se vea impedido de ejercerlos por causas ajenas a su voluntad, reclame una prestación omitida o denegada.

3.3. LOS PACIENTES: TITULARES DEL DERECHO Y SUJETOS OBLIGADOS

Antes de seguir avanzando y en pos de analizar cabalmente la estructura del derecho que nos ocupa, resulta necesario referirnos a sus titulares: los pacientes.

La Real Academia Española define "paciente" –desde el punto de vista de la medicina– como "la persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica". También, se utiliza dicho término para la "persona que es o va ser reconocida médicamente".

Ello así, el vocablo "paciente" se refiere tanto a quien padece una enfermedad y, por ello, está sometido a un tratamiento médico, como a quien, sin estar enfermo, se va a someter a un examen clínico.¹⁰

Esta interpretación amplia del concepto es la que tiene asidero respecto de los derechos de los pacientes. Nótese que muchos de los derechos involucrados en el conglomerado "derechos de los pacientes" no se refieren a un estado de enfermedad, sino a otras cuestiones que resultan ajenas al estado de salud (por ejemplo, al derecho a la información; al derecho a la igualdad, el derecho a la educación, el derecho de asistencia, etc.). Por ello, el titular del derecho no es quien padece de una enfermedad, sino quien recurre a la asistencia sanitaria, sea en su faz preventiva (es decir, quien recurre al médico para verificar que no está enfermo o para adoptar las medidas necesarias para evitar estarlo) como sanadora (quien estando enfermo recurre al sistema médico para superar dicho estado o transitarlo de la manera que considere más conveniente según su propio criterio).

Teniendo en cuenta, por un lado, que el paciente es una persona que no necesariamente padece una enfermedad,¹¹ y, por el otro, la amplitud de los derechos de los pacientes en tanto aglutinador de derechos fundamentales que pueden ser gozados por las personas más allá de su calidad de pacientes, es posible sostener que los derechos de los pacientes son la traslación al ámbito sanitario de los derechos fundamentales reconocidos, de forma general,

9. En sentido análogo, se ha sostenido que "la burocratización de las relaciones sanitarias que caracterizan la medicina hospitalaria puso de manifiesto nuevos y amplios peligros para la autonomía de las personas, lo que llevó juntamente con el abandono del paternalismo médico (frente al avance del reconocimiento cada vez más amplio del derecho de autonomía personal) a la configuración de los derechos de los pacientes" (cf. Méndez Baiges y Silveira Gorski, 2007:65).

10. Albanese y Zuppi (1989:223) entienden por paciente –al igual que nosotros– a la persona que recibe un diagnóstico, se somete a un tratamiento, a un experimento médico, o a quien realiza una consulta relacionada con su estado de salud. Este concepto de paciente también es recogido por la ley española nº 41/2002, Ley básica de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al definirlo como la "persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud" (énfasis agregado). La ley argentina en la materia, Nº 26.529, no hace una definición expresa de dicho vocablo.

11. La ausencia de distinción entre sanos y enfermos encuentra asidero en la propia definición de salud que brinda la Organización Mundial de la Salud (OMS). En efecto, para dicho organismo la salud no es solamente la ausencia de enfermedad, sino que extendió el concepto a un "estado completo de bienestar físico, psicológico y social".

a todos los ciudadanos. Es decir, los derechos de los pacientes sólo podrán ser reclamados en tanto inmersos en una relación de tipo sanitaria, es decir, en circunstancia en que se reclame una prestación del servicio de salud sin distinguir entre efectores públicos o privados, insistiendo que no son derechos que protegen sólo a los enfermos, sino que incluye a las personas sanas en cuanto titulares –frente al médico consultante– de los mismos derechos que el paciente que no goza de buena salud.

El contenido de los derechos de los pacientes está definido por el sujeto legitimado. Sólo serán exigibles los derechos de los pacientes en tanto se verifique que el reclamante es un paciente en el sentido amplio del término.

Para ser más gráficos, del derecho a la información gozan todos los individuos (por imperio de los arts. 33 y del 75, inc. 22, CN), pero en tanto éste sea reclamado por un paciente, forma parte de los derechos de este grupo de beneficiados.

Más aún, pensemos en una persona joven a quien el médico sugiere un tratamiento preventivo que evitará que –en la edad avanzada– sufra de osteoporosis. El derecho a la información acerca de dicho tratamiento y de las consecuencias de hacer caso omiso del mismo es exigido por un paciente que –hasta el momento– no padece la enfermedad y por lo tanto está sano y no por ello deja de ser considerado paciente. Transcurridos algunos años, dicho individuo se presenta con serios dolores en las extremidades y el médico confirma que la osteoporosis se manifestó en su organismo, para lo cual sugiere determinada medicación que tiene efectos colaterales. En este caso, el paciente que reclama información sobre tales efectos es un paciente enfermo y, en este caso, obviamente, también es titular de los derechos de los pacientes.

A esta altura, corresponde analizar quién o quiénes son los obligados de los derechos de los pacientes.

Como ya ha sido adelantado en párrafos precedentes, los derechos de los pacientes se establecen siempre que se verifique una relación jurídica de tipo sanitaria. Asimismo, hemos destacado que los derechos de los pacientes son una gama muy variada de diferentes derechos fundamentales en cabeza de una persona, en tanto ésta revista la calidad de paciente. De allí que pueda concluirse que los sujetos obligados a garantizar estos derechos serán todas aquellas personas físicas o jurídicas que tengan a su cargo la prestación de cualesquiera de los derechos que conforman los derechos de los pacientes. Así, por ejemplo, revestirán la calidad de obligados el personal médico, sea que trabajen en forma particular o en relación de dependencia y sea que atiendan a la persona en la faz preventiva o sanadora; el personal sanitario (enfermeros, camilleros, técnicos, personal de laboratorio, y todo aquel que coadyuva a la función médica); las empresas de medicina prepaga y las obras sociales; los empleados y funcionarios del Estado que tengan por misión la prestación del servicio público de salud, así como aquellos que tengan a su cargo la determinación, implementación y ejecución de las medidas necesarias para que los derechos de los pacientes puedan ser ejercidos y exigidos por los beneficiarios, también los empleados y funcionarios de todas aquellas empresas que de alguna manera se relacionan con la prestación de los servicios de salud, pero que no son en sí mismas organizaciones sanitarias (banco de sangre, por ejemplo).

IV. DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Hemos llegado a la altura del desarrollo donde nos abocaremos a tratar el tema central de este trabajo: el derecho a una buena administración; análisis a partir del cual intentaremos

establecer la relación existente entre aquel y los derechos de los pacientes.

El derecho a una buena administración comenzó a gestarse a partir de la Recomendación núm. (80) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, allá por el año 1980. La mentada recomendación aludía al ejercicio de poderes discrecionales por parte de las autoridades administrativas. Asimismo, cuenta entre sus antecedentes, por un lado, la observación del Defensor del Pueblo Europeo que –en su reporte anual de 1997– se refirió al concepto de mala administración, destacando que aquella se verifica cuando “un cuerpo público no actúa de acuerdo con una regla o un principio que lo sustenta”;¹² por el otro, el Código de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo Europeo del año 1999, dirigido a los funcionarios públicos en relación a la atención de los administrados. Este Código fue el producto de un estudio profundo de los principios de buena administración existentes en los diferentes ordenamientos legales de la Comunidad Europea, la jurisprudencia de las Cortes Comunitarias y leyes administrativas de los estados miembros de la Unión. Por ello, en este inicial intento, no se crearon nuevos principios ni mandatos de actuación, tampoco se incluyeron nuevos derechos. El Código se limitó a compilar y sistematizar los principios ya existentes en diversos ordenamientos en una sola norma a fin de facilitar tanto a los administrados como a los administradores la prestación de un adecuado servicio administrativo público.

Con posterioridad, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000 (también conocida como Carta de Niza) le dio reconocimiento expreso en su artículo 41, que fue incorporado al proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa. Finalmente, el Tratado de Lisboa (que entró en vigencia el 1º de diciembre de 2009) concluyó el itinerario seguido por este nuevo derecho. En efecto, el Tratado de Lisboa muestra importantes avances en materia de derechos fundamentales. En tal sentido, garantiza la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconociendo entre otros, expresamente, el derecho a una buena administración.

El derecho a la buena administración plasmado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se enmarca en los siguientes derechos:

– Toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

– Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y el secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

– Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros.

– Toda persona puede dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y tiene que recibir una contestación en esa misma lengua.

La enunciación precedente fue completada en el art. 42 del mismo ordenamiento legal garantizando el derecho de acceso a los documentos.

12. Del discurso pronunciado en el marco del Seminario Internacional *The Ombudsmen and the European Union Law*, Bucarest, 21-24 de Abril de 2001 (<<http://ombudsman.europa.eu>>): “Maladministration occurs when a public body fails to act in accordance with a rule or principle which is binding upon it”, 29 de agosto de 2010.

Circunscripto al ámbito descrito, el derecho a una buena administración comenzó su existencia y fue ganando terreno en la defensa de los administrados frente a la organización burocrática estatal.

El avance de este derecho –al que en verdad cabría reconocerle una extensión mucho mayor a la que le fuera reconocida por los órganos de la Unión Europea– resulta evidente si, por ejemplo, analizamos el art. 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006, titulado "Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena administración". Dicho artículo establece que:

1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.

2. Todas las personas tienen derecho a ser tratadas por los poderes públicos de Cataluña, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican. 3. Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que dependen de ellas tienen que adoptar una Carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.

Asimismo, el derecho a la buena administración dio origen al Código de la Buena Conducta Administrativa (adoptado el 6 de septiembre de 2001), tendiente a mejorar la calidad de la prestación de los órganos e instituciones de la Unión Europea.

El fenómeno de reconocimiento expreso de este derecho fundamental en Europa, a nivel de la Unión, fue –como se observa– el resultado de la convergencia de antecedentes surgidos todos en un lapso de tiempo reducido (nótese que su recepción normativa apenas tardó 20 años desde su primera manifestación), arribando a nuestro país en tiempos recientes y de manera –por ahora– muy tenue.

En efecto, en nuestro ordenamiento constitucional, no existe una norma que, de manera expresa, reconozca este derecho a los ciudadanos. No obstante, su exigibilidad tiene sustento en el art. 33 de la CN, que como cláusula residual permite reconocer carácter de fundamental a los derechos humanos no mencionados explícitamente en la norma suprema; ello, en virtud de que el derecho a la buena administración, indudablemente, se cobija en el principio de soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno.¹³

13. Cabe señalar que –aunque no de manera expresa– la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recoge tenuemente el derecho a una buena administración cuando en su art. 102 referido a las atribuciones y deberes del Jefe de Gobierno establece que "Dirige la administración pública y procura su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos". Además, en el ámbito jurisprudencial encontramos una referencia expresa al derecho a la buena administración en la causa Vincenzi, Mónica Silvia c/ GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA), de junio de 2010, referida al personal contratado en la administración pública. En tal oportunidad, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, a través del voto del Dr. Carlos F. Balbín, sostuvo "El otro aspecto a considerar es el derecho de todos a una buena administración [que] incluye sólo a título enunciativo como derechos instrumentales– la adopción de decisiones por funcionarios imparciales; el ejercicio pleno del derecho de defensa y el debido proceso; el derecho a decisiones fundadas en el ordenamiento jurídico; el derecho de los administrados a participar en los procesos de toma de decisiones que los afecten y el derecho a un buen desempeño en el trabajo por parte de los agentes públicos. Si bien la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no regula expresamente este derecho, no por ello debe considerarse que se encuentra desconocido, toda vez que por aplicación de los arts. 33, CN y 10, CCABA, constituye un derecho fundamental. Su finalidad es reforzar los derechos de las personas frente al Estado. Más aún, a su respecto, se ha dicho que 285 si los derechos valen tanto como las garantías, en el derecho a la

Empero, el objetivo del derecho a la buena administración excede los límites que su nombre le impone, es decir, va más allá de garantizar al ciudadano un eficiente y eficaz servicio de los organismos administrativos y de los servicios públicos. En efecto, al igual que en el caso de los derechos de los pacientes, consideramos que el derecho a una buena administración lo que hace es incluir en él, sendos derechos preexistentes de los que gozan todas las personas en los más variados ámbitos de su vida. Más aún, sería posible sostener que la confrontación de este novel derecho con el conjunto de derechos que lo conforman, lleva a la conclusión de que no se aporta ningún nuevo derecho subjetivo al ámbito de protección constitucional de las personas; empero, en lo que sí contribuye la buena administración, es en la imposición constitucional expresa de mandatos de actuación a los poderes públicos, además de requerir necesariamente la participación y el compromiso de los administrados en el manejo de la gestión pública.

El derecho a una buena administración –así como el derecho en general a un buen gobierno– se caracteriza, entonces, por aspirar a una gestión donde prime la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas, la participación de la sociedad civil y el Estado de Derecho, el uso racional y equitativo de los recursos presupuestarios disponibles para el desarrollo económico y social que garantice dignas condiciones de vida a los ciudadanos (González Iglesias, 2007:629).

Se busca, pues, a través de este derecho, establecer una real interacción entre las autoridades públicas y la sociedad civil, donde esta última pueda instar –con sustento en el citado derecho– la eficiencia y eficacia de la gestión que importa la adecuación de medios y fines en el comportamiento administrativo¹⁴ y se traduce no sólo en cuestiones de planificación y grado de satisfacción del derecho, sino también en la exigencia de una gestión transparente, responsable en cuanto a inversión de recursos, tiempo y oportunidad, ejercida por personas calificadas y comprometidas con su función, respetuosa del principio de igualdad y de justicia en la distribución de los bienes sociales, sujeta a rendición de cuentas y a las sanciones sociales de la que podría ser pasible en caso de malversación o mala administración. Todo ello a través de la participación de la ciudadanía y mediante el establecimiento de un diálogo más fluido que acerque a los organismos administrativos a los usuarios del servicio administrativo.

Estamos hablando de una verdadera aplicación del principio de inmediatez en el ámbito de la Administración pública,¹⁵ principio en virtud del cual la relación administración-admin-

buena administración puede decirse que se conjugan ambos elementos, conformando una especie de derecho-garantía o derecho instrumental que propicia la defensa de otros derechos (cf. Tomas Mallen, 2004:42y ss). En consecuencia, no resulta irrazonable la exigencia del constituyente del concurso público para acceder al empleo estatal en la planta permanente. Más bien, se traduce en la necesidad de garantizar a la sociedad el derecho a una buena administración. A su vez, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en la resolución n° 4420/08 trató expresamente este derecho para instar al Gobierno a que intervenga allí donde sus políticas y acciones no llegan siempre en beneficio de los vecinos de la Ciudad, siempre procurando una Buena Administración. Más aún, la mentada resolución sostiene la conveniencia de que los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como ocurre en esta Defensoría del Pueblo, en su quehacer diario “[hagan] especial hincapié en los nuevos estándares de calidad institucional vigentes en el derecho comparado, no sólo para provecho del ciudadano medio, sino también, para beneficio de las instituciones mismas, que con la ayuda y apoyo de este Organismo, verán facilitada su incansable tarea de búsqueda del bienestar general, a fin de recomponer los vínculos con el ciudadano común”.

14. Coincidimos con Ponce Solé (2008:1289) en que si bien suele confundirse eficacia con buena administración, esta última importa una idea mucho más amplia que incluye a la primera y que no se agota en ella; la eficacia es uno de los componentes –no el único– de la buena administración: no puede existir buena administración sin eficacia, aunque la eficacia por sí sola tampoco equivalga a la buena administración.

15. En este entendimiento, por ejemplo el Tratado por el que se establece la Constitución para la Unión Europea, en su art. I-50.1, establece que: “A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, los órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”.

nistrado habrá de configurarse libre de interferencias, es decir, sin que se interpongan entre ellos otros sujetos más allá de los estrictamente designados al fin perseguido. Sería concebir a la administración desburocratizada, estructurada en base a los organismos necesarios, sin pasar por una interminable cadena de mando donde por lo general trabajan sólo unos pocos.¹⁶

Desde dicha perspectiva, el derecho a una buena administración se erige en un principio rector de la administración pública tendiente a imponer "una nueva cultura en la actuación de las administraciones públicas y en su relación con los ciudadanos".¹⁷

Es decir, mientras que los derechos ya plasmados en las constituciones garantizan el debido proceso (incluso, el administrativo), el derecho de defensa, el principio de igualdad, el de propiedad y de información enfocados a la protección de las personas en general y frente a cualquier poder público e, incluso, los particulares; el derecho a la buena administración, además, de circunscribirse al ámbito administrativo específicamente, contiene mandatos de actuación impuestos a la Administración tendientes a lograr su mayor eficacia,¹⁸ a través de una mayor participación de los individuos en dicho ámbito, participación que permitirá controlar y garantizar la imparcialidad de tales órganos en la decisión que se adopte, bregando para que la resolución sea la menos perjudicial o la más beneficiosa para el administrado. La participación ciudadana ejerce la presión suficiente para que la Administración funcione como le corresponde en tiempo y extensión. Cuando la actitud asumida por los administrados es pasiva y se limita a esperar solamente la respuesta de la administración a sus reclamos o pedidos, probablemente, el servicio administrativo no se active de la forma en que debiera y, por ende, no dé las respuestas adecuadas en término.¹⁹

Así las cosas, esta nueva visión de la relación administración-administrado, permite observar una posición superadora de la tradicional concepción del derecho administrativo que se caracterizaba por un proceder limitado al cumplimiento formal de la norma potestativa, una administración que sólo velaba por el interés general y que se caracterizaba por su estructura jerarquizada. Cobra, entonces, actualidad el intento por revalorizar al individuo como eje y meta de la actuación de los poderes del Estado, en particular, de la Administración pública, de modo tal que las decisiones no se ocupen tanto del cabal cumplimiento de las formalidades propias del procedimiento sino de la satisfacción material y oportuna de los derechos en juego.²⁰

16. La resolución n° 4420/2008 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad sostuvo que Concierno a esta Defensoría del Pueblo simplificar y humanizar (y a veces coordinar) las relaciones entre la administración y los ciudadanos, no sólo para permitir el acceso y participación en la cosa pública, sino también para que realizar un reclamo con el fin de solicitar, ejercer o preservar un derecho no se convierta en una aventura kafkiana. La imagen resulta elocuente para entender las dificultades que los administrados deben sortear para obtener una respuesta que satisfaga sus derechos. Recordemos que "El laberinto kafkiano conlleva la angustia existencial, a ese sentimiento de opresión, de insatisfacción, de desesperanza que constituye también un laberinto del cual algunos hombres no logran salir jamás" (Sarrochi Carreño, 1998:31).

17. Ver Sindicatura de Greuges de Barcelona (2010).

18. El principio de eficacia de la acción estatal no es un mero principio organizacional, sino un deber jurídico estatal que puede ser exigido por las personas al enjuiciar las acciones u omisiones en que hubieren incurrido los organismos administrativos. Más aún, la transgresión de este principio se produce cuando la actividad administrativa no sea idónea para lograr el fin perseguido por el ordenamiento o cuando no alcance los niveles a los que éste aspira (cf. Gutiérrez Colantuono, 2009:97).

19. El politólogo Prats i Català (2005:156) sostuvo que "No hay buenas repúblicas sin buenos ciudadanos. Sin comportamientos cívicos no hay buena administración que resista. Nuestros deberes cívicos no tienen otros fundamentos que nuestra obligada contribución al mantenimiento y progreso de la polis o civitas. En realidad, sólo con buenos ciudadanos conseguimos la ayuda y la presión social necesarias para una buena administración".

20. Sobre el particular, se ha señalado que en la tradición liberal, la Administración era considera un peligro natural para la libertad de los ciudadanos; de allí, la creación del instituto de la reserva de ley, imponiendo que sea el legislador y no la administración quien regule una determinada materia. Empero, en la actualidad, a la reserva de ley se añadió

Se pasa de un cumplimiento formal a un cumplimiento material que, como tal, resulta mucho más complejo y exigente pues la satisfacción de los intereses del administrado –que, además, reclama calidad y eficiencia en la gestión– es algo más difícil de lograr que la aplicación mecánica de los preceptos legales. Se trata entonces de asumir que la Administración Pública debe ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente el objetivo constitucional central: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (Rodríguez Arana Muñoz, 2006:25).

V. DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

5.1. LA CENTRALIDAD DEL SER HUMANO Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En pos de garantizar la observancia material de los derechos fundamentales –lo que lleva necesariamente a la realización del bien común a través de la satisfacción del interés público– el Estado interviene en áreas específicas a fin de corregir las desigualdades sociales. En efecto, el servicio público de salud es el ejemplo típico. En pos del bienestar general, el Estado se ve obligado a garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios sanitarios, de manera que los excluidos sociales logren –al menos en este ámbito– la anhelada igualdad en el disfrute del derecho. Nótese que:

la "desigualdad" es el verdadero origen de las carencias que obligan al Estado a intervenir activa –y proactivamente– en el ámbito de la educación, la salud y la seguridad (...). La "desigualdad" exige del gobierno del Estado la construcción, mantenimiento y funcionalización de toda la infraestructura social, entre la cual contamos las escuelas y demás centros educativos, hospitales, centros de salud, comisarías, destacamentos, institutos de rehabilitación, reformatorios, caminos... La persona jurídica Estado, en otros términos, ha sido creada para administrar los intereses comunes de la Nación, y en esta, en determinados casos debe hacerse cargo, con fondos aportados por la sociedad, de "reparar" la situación de desigualdad que afecta a un miembro o sector del grupo social (Nallar, 2009:325 y ss.).

En tal entendimiento, también, se ha concebido este derecho a la buena administración como un principio del estado social y democrático de derecho que obliga a la Administración a promover los derechos y libertades ciudadanas; a actuar de acuerdo con la centralidad de la dignidad del ser humano, de proceder con criterios de eficiencia y economía en el gasto y de impregnar sus decisiones administrativas en los principios rectores de la política y social (Rodríguez Arana Muñoz, 2006:68 y ss.). Es decir, el derecho a la buena administración debe considerar que su centro y fundamento es el ser humano para –de esa forma– despegarse de los argumentos netamente burocráticos en la definición y orientación de su conducta. El derecho a la buena administración exige, pues, una revisión –a la luz de la revalorización de la supremacía del ser humano como centro y meta de la actividad de los poderes públicos– de la actuación de los organismos administrativos que busca una nueva forma de resolver la tensión que se da entre la eficacia y las garantías de las posiciones subjetivas de los destinatarios o afectados.

lo que Escobar (2005:100) llama la "garantía del Parlamento frente a sí mismo". Los parlamentos, dominados en la mayoría de los casos por los partidos políticos, renuncian a regular una determinada materia en beneficio de una facción política particular. De allí que se haya comenzado a aceptar una flexibilización del principio de reserva de ley, es decir, una concepción relativa del mentado principio, permitiendo la potestad reglamentaria de la Administración, en especial, respecto de los derechos de prestación que por sus características son más dependientes de las posibilidades concretas de actuación del poder ejecutivo.

Sabemos que este avance hacia una actuación administrativa sustancial exige numerosos cambios, no sólo legislativos, sino también políticos, culturales, sociales e, incluso, económicos.

Por eso, el derecho a una buena administración no puede implantarse, sin más, en la administración pública actual de nuestro país, pues estaría condenado a su desatención, lo que llevaría a colmar los tribunales de expedientes reclamando la vigencia plena y efectiva del mentado derecho y, en consecuencia, acarrearía la transgresión del derecho a una buena administración de justicia.

No debe olvidarse que se trata de un cambio radical de los organismos administrativos, donde se erija como centro de su actuación el ser humano y su dignidad. Para ello, deben adecuarse las estructuras administrativas a fin de que las personas puedan acceder a ellas, pero no sólo de una manera formal, sino en búsqueda de soluciones efectivas a sus problemas, lo que implica mejorar la calidad del servicio administrativo público y establecer un vínculo fluido y de inmediatez (propio de la democracia participativa) entre los ciudadanos y las autoridades administrativas; sin descuidar en dicho proceder la eficiencia y eficacia en el manejo del gasto público.²¹ Resulta, entonces, necesario pensar e implementar medidas que –coordinadamente– garanticen no sólo el estado de derecho, sino también el estado social de derecho.²²

De la conjunción del derecho a la buena administración y el estado social de derecho, cobra especial atención el derecho a una buena administración en materia de salud.

Conforme a lo ya expuesto respecto del primero de los enunciados, es dable señalar, ante todo, que el derecho analizado impone un mandato de actuación a la Administración pública, lo que –en principio– deja fuera de este análisis a la medicina privada, sin perjuicio de destacar que –en lo que hace al ámbito de actuación de cada uno de los prestadores de salud– consideramos que la mayoría de las conclusiones a las que aquí se arrije respecto de los efectores públicos de salud serán trasladables y exigibles a los efectores privados.

Sentado ello, cabe señalar que el derecho a una buena administración en el ámbito específico de la salud resulta, a nuestro entender, más amplio que el general derecho a la buena administración, pues, por referirse a un aspecto determinado que hace a un ámbito esencial para la vida misma, debe reconocerse una extensión lo suficientemente abarcativa para amparar todos los derechos fundamentales en juego.

El análisis del derecho a una buena administración sanitaria exige previamente referirse al servicio público de salud, aunque –obviamente– aludiremos a él de manera somera, ya que un estudio concienzudo del tema excede el ámbito de este trabajo.

En efecto, el nexo que une buena administración y salud es justamente el servicio público de salud. De allí la necesidad de definir qué se considera servicio público, para luego,

21. Así también lo ha sostenido González Iglesias (2007:636), al decir que "la administración debe, primero, facilitar las condiciones para que todos los ciudadanos puedan ejercitar sus libertades con mayor calidad, segundo, debe tener en cuenta a los ciudadanos mostrándose cercana a ellos, como reflejo del principio de descentralización y, tercero, debe ser consciente de que al planificar y ejecutar el gasto público su actuación debe estar guiada por los principios de eficiencia y eficacia (art. 31.2, CE), debiendo primar, por último, en toda su actuación, la finalidad de servicio al ciudadano".

22. En el sentido expuesto, se ha reconocido que "Hoy la Administración es una realidad plural y compleja que no puede entenderse dirigida de forma uniforme desde la ley. El Estado tampoco es el único actor en la arena política. Importa articular correctamente este conjunto de actores con una distribución acertada de cometidos, de técnicas de coordinación y de contrapoderes. Importa la 289 gobernanza de esta diversidad de sujetos, entre los cuales se sitúa una administración a su vez plural y diversa. La Administración se desprende de algunos cometidos y asume otros nuevos. Su función de garantía de las prestaciones básicas de los ciudadanos pasa a un lugar destacado. Y estas nuevas funciones requieren nuevos instrumentos (Ver Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2010).

referirnos expresamente al servicio público de salud y a partir de allí analizar el vínculo entre aquel y el derecho a la buena administración como parte de los derechos de los pacientes.

En consecuencia, diremos, en primer término, que la doctrina es conteste en que no es fácil delimitar el concepto de servicio público, toda vez que su definición resulta variable según las condiciones políticas, económicas y sociales por las que se transite históricamente. Es un concepto dinámico, en constante evolución y cambio conforme la realidad en la que se inserte. No obstante los matices que la noción de servicio público adquiere según el momento, lo cierto es que su esencia es la satisfacción de las necesidades básicas de una sociedad determinada por medio de la obligada intervención del Estado -por razones de interés común superior- en la vida de interrelación de los particulares.²³

Si bien puede no ser totalmente completa y teniendo en cuenta que este análisis no es un estudio sobre servicios públicos, resulta suficiente para dar una idea de dicho instituto citar la definición que enunciara Bielsa (1964:463) de servicio público:

Toda acción o prestación realizada por la Administración pública, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía.

El concepto anterior debe completarse con los caracteres esenciales de los servicios públicos, a saber: regularidad, continuidad, igualdad y generalidad (Villegas Basabilbaso, 1951:56; Silva Cimma, 1996:70). Coincidimos con Marienhoff (1998:311) en que a los caracteres mencionados deben adicionarse la calidad y la eficiencia por considerarlos requisitos tan esenciales como los señalados en primer término. Por su parte, Silva Cimma enuncia entre los requisitos principales la continuidad, regularidad, uniformidad, obligatoriedad y permanencia (Silva Cimma, 1996:59). La finalidad que persigue la prestación de los servicios públicos es permitir el desarrollo integral y pleno de la persona mediante la satisfacción de sus necesidades más básicas.

De allí que resulte razonable sostener que:

Los servicios públicos... en la medida en que están presididos por la universalidad, la asequibilidad y la calidad, garantizan a la ciudadanía en su conjunto una serie de medios y posibilidades que ayudan a la realización del libre desarrollo de la personalidad en la sociedad (Rodríguez Arana Muñoz y Canosa, 2008:27).

Ahora bien, el servicio de salud es un servicio público toda vez que tiene por finalidad una prestación directa del Estado tendiente a satisfacer las necesidades colectivas en materia de salud. En tiempos recientes, el servicio de salud ha sido definido como "servicio social",²⁴ en tanto tiene por objetivo la satisfacción del los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, se trata de un servicio esencial, ya que está orientado a cubrir las necesidades más básicas y elementales de la comunidad (en este caso, la salud), cuya insatisfacción transgrede los más preciados derechos fundamentales de forma tal que se asegure a la población el

23. Cf. Silva Cimma (1996:11). En sentido similar, Stefanelli (2009:1261) sostuvo que "La noción de servicio público sigue siendo poco clara, tanto en nuestro país como en el extranjero, ya que su extensión es discutible. Su concepción cambia al compás de la vida social. No obstante, existe acuerdo sobre la necesidad de 'reservar una actividad' bajo un 'régimen jurídico especial' de derecho administrativo y ofrecerla al usuario con 'carácter obligatorio'. La reglamentación del servicio y su control debe estar en manos del Estado. Lo demás debe dejarse a los agentes económicos en un mercado libre".

24. Para Stefanelli (2009:179): "Los primeros buscan de manera organizada promover el desarrollo del bienestar general en términos de crecimiento global de la sociedad a través de distintas actividades precisamente de contenido social como culturales, educativas, salud, asistencia social, etc.".

contenido esencial o piso mínimo constitucional que exige el principio de dignidad de las personas. También, puede definirse como un servicio propio, pues es brindado por el Estado directa o indirectamente en beneficio de la comunidad.

Cabe destacar que expresamente la ley 25.877 sobre Régimen Laboral estableció en el art. 24 –aunque refiriéndose a las medidas de acción directa a adoptar por los trabajadores en sus reclamos gremiales– que cabe considerar entre los servicios esenciales –por lo cual siempre debe garantizarse una prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción– los sanitarios y hospitalarios. Asimismo, se ha sostenido que “Los servicios públicos, por tratarse de servicios esenciales para la calidad y dignidad del desarrollo de la vida de la comunidad, están directamente relacionados con la salud y la higiene” (Cayuso, 2009:244).

5.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Sentado lo anterior, es posible adentrarse al análisis de lo que debiera ser el derecho a una buena administración del servicio público de salud.

Comenzaremos por señalar que:

La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social.²⁵

Recordaremos, asimismo, que el art. 42 de la Constitución Nacional establece que:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

A la luz de lo expuesto, es dable sostener que nuestra Ley Suprema reconoce a favor de los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que la autoridad está obligada a proteger con calidad y eficiencia cuando de lo que se trata es de una relación de consumo. Ello, además, del derecho de participación de las asociaciones de usuarios en la conformación del marco regulatorio de tales servicios de competencia nacional.

La Corte Suprema agrega a lo dicho que:

25. DERECHO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS por Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Lunes 13 de junio de 2005, <http://www.colectivodeabogados.org/Derecho-a-los-servicios-publicos>

La incorporación del vocablo seguridad (...) en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.²⁶

5.3. LA RELACIÓN USUARIO/PACIENTE

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de los derechos de los usuarios importa –aunque de manera implícita– la configuración del derecho a una buena administración. En efecto, si los servicios públicos son parte fundamental de la actividad administrativa del Estado, es decir, hacen a su función administrativa, por un lado; y, por el otro, el ejercicio de funciones administrativas por la Administración da derecho a las personas a reclamar el derecho a una buena administración, debe concluirse que los usuarios de los servicios públicos son titulares del derecho a una buena administración de los servicios públicos, lo que obviamente se hace extensivo a cada tipo de servicio prestado, sobre todo si se trata de un servicio público esencial, en virtud de los fines que éstos tienen asignados: la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas de la población (lo que hace referencia especialmente a los sectores con menos recursos económicos, sociales y culturales).

A esta altura del desarrollo, cabe hacer una vinculación entre sujetos titulares de derechos que permitirá dar ilación al análisis que se viene haciendo. Nos referimos a las figuras de usuario y paciente.

Ya hemos tenido oportunidad de definir “paciente” en relación con los derechos que se le han reconocido. Ahora bien, es la oportunidad de dar una noción de “usuario”.

Según la ley 24.240, se entiende por consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que adquiera o utilice bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. También es usuario quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1º).

Más allá de la definición legal, creemos que la comprensión del concepto de usuario es mucho más simple, pues surge de la propia etimología de la palabra. Usuario es aquel que usa un servicio público. Más detalladamente se ha definido como usuario al ciudadano contribuyente que hace uso del servicio que le ofrece la administración a través de sus funcionarios o empresas concertadas de forma gratuita y en igualdad de condiciones (Medina Tornero y Ruiz Luna, 2000:41).

Si partimos de esta simple definición y recordamos el sentido amplio en que hemos definido el término “paciente”, es posible concluir que el paciente que recurre al servicio de salud es un usuario, por lo tanto este término abarca el de paciente, que como ya dijéramos incluye tanto sanos como enfermos.

En síntesis, los pacientes del servicio público de salud identifican a un sector de los usuarios, ya que ellos son sujetos pasivos de la relación de salud y se erigen en destinatarios de las prestaciones que brinda el Estado.

Sentado lo anterior, es posible sostener que los pacientes, en su calidad de usuarios del servicio público de salud, tienen derecho a una buena administración del mismo y en consecuencia, a reclamar la eficiente, eficaz, oportuna, continua, regular, igualitaria, general y virtuosa prestación del servicio de salud. Como consecuencia, la Administración pública

²⁶. CSJN, Ledesma, María Leonor c/ Metrovias S.A., sentencia del 22/04/2008, T. 331, P. 819.

sanitaria debe asumir cabalmente las funciones que tiene asignadas. Estamos hablando de la existencia de infraestructura, insumos, recursos humanos, atención administrativa en los más variados aspectos; atención preventiva, orientadora, sanadora; educación para la salud; protección especial para niños, ancianos y personas con capacidades especiales; cobertura integral de los tratamientos y provisión de los medicamentos, sólo por nombrar algunos de los aspectos que conforman los deberes que tiene impuesto el Estado respecto de los pacientes (sanos o enfermos).

5.4. REQUISITOS DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE SALUD

El derecho a la buena administración en materia de salud importa que todos los pacientes tengan derecho a acceder en condiciones de igualdad al servicio público de salud; que se garantice la calidad de las prestaciones y que éstas sean equivalentes a las ofrecidas en el sector privado. Vale insistir, la calidad del servicio –que encuentra su causa en el deber de la Administración de cumplir funciones de acuerdo al principio de legalidad- implica que las decisiones adoptadas sean racionales, eficientes, eficaces, objetivas y coordinadas (Ponce Solé, 2008:1289 y ss.).

No debemos olvidar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (cf. Fallos: 321:1684), razón por la cual la protección del derecho a la salud, según esta Corte, genera una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria.²⁷

La ley 23.798, que declara de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, en su art. 4, dispone que las autoridades sanitarias deben aplicar métodos que aseguren la efectividad de los requisitos de máxima calidad y seguridad (inc. c) y desarrollar programas destinados a la detección, investigación, diagnóstico, tratamiento, prevención y rehabilitación, gestionando los recursos para su financiación y ejecución (inc. a), concluyendo que las personas afectadas tienen el derecho a “recibir asistencia adecuada” (art. 8º). Todo ello importa necesariamente el desarrollo de una buena administración, sin la cual los objetivos fijados no podrán ser alcanzados.

Además, los poderes públicos deben atender a los administrados/ pacientes teniendo en consideración el área sensible en el que se desarrollan, para lo cual deberá crearse conciencia en los funcionarios y empleados respecto de que los pacientes no son simples administrados que reclaman un derecho patrimonial o una prestación cualquiera. Por el contrario, son personas que se encuentran en una especial situación de, al menos, incertidumbre respecto de uno de los valores más trascendentes para el ser humano: su salud.

Las normas internacionales que han tenido reconocimiento constitucional –tras la reforma de 1994– en el art. 75, inc. 22, avalan las exigencias mencionadas precedentemente. En efecto, el art. 12.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre las medidas que está obligado a adoptar el Estado a fin de asegurar el derecho a la salud menciona –en el inc. d)– “la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 10, apartado 2º, exige que los Estados adopten medidas para garantizar la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad. Más aún, la misma Convención en su art. 5, apartado e), inc. iv) alude al derecho a la salud pública,

27. En la causa Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ amparo Ley 16.986, voto de los ministros Moliné O'Connor y Boggiano.

la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

Es decir, las prestaciones públicas en materia de salud no sólo deben ser garantizadas de manera imparcial, accesible y equitativa, brindadas en plazos razonables, sino, además, de manera humanitaria, considerando la sensibilidad especial en la que están inmersos quienes recurren al servicio público de salud.

Además, los pacientes tienen derecho a ser escuchados por el personal sanitario así como a ser informados fundadamente y en términos claros y comprensibles respecto de su estado de salud –en forma previa a la adopción de los estudios y tratamientos considerados adecuados por quienes detentan el saber en la materia–; también a acceder a su historia clínica, a que se le entregue una copia de la misma y a que se respete la confidencialidad y el secreto profesional. Asimismo, tienen derecho a que el Estado repare los daños que el proceder irregular e ilegítimo de sus instituciones o agentes ocasione al paciente en el ejercicio de sus funciones.

Como puede observarse hasta aquí, el derecho a la buena administración de la salud es una clara traslación del derecho a la buena administración en términos generales. Sin embargo, consideramos que tratándose de los pacientes, el derecho a la buena administración amplía su ámbito de protección para extenderse a otras cuestiones que las que tradicionalmente –en Europa o América anglosajona– han sido incorporados en el derecho a una buena administración.

En efecto, el derecho a la buena administración de salud (de la misma forma que en otras áreas sensibles para la sociedad, como podría ser, por ejemplo, la educación) incluye otra gama de cuestiones que hacen a la buena administración tanto en sentido formal como material.

Si bien el tema podría extenderse de manera considerable si nos dedicáramos a analizar cada uno de estas materias, ello no impide que, aunque sea someramente, tratemos algunas de tales cuestiones que resultan a todas luces significativas.

5.4.1. Regulación normativa ordenada

El primero de ellos es el derecho a la seguridad jurídica. Este derecho es fundamental en todas las esferas de la vida diaria, pues es el que nos permite tomar decisiones teniendo el conocimiento cierto de que nuestras conductas resultan ajustadas al derecho (o no). En términos de la Corte Suprema, el derecho a la seguridad jurídica –que tiene jerarquía constitucional²⁸ es el que da fundamento a que las personas conozcan de antemano las reglas del juego.²⁹ Si la Ley Suprema no contemplara este derecho, ¿qué fundamentos podrían vertirse para exigir al Estado la publicación de las leyes y normas infralegales que rigen las relaciones jurídicas? La seguridad jurídica propende a que los individuos tengan confianza en el ordenamiento jurídico.

Ello así, resulta imperioso –dados los valores en juego– exigir como parte del derecho a una buena administración, la prolijidad de las autoridades ejecutivas en el dictado de normas reglamentarias y ordenatorias. La proliferación de reglamentaciones, resoluciones, instrucciones y meras órdenes de servicio atenta contra el derecho a una buena administración, sobre

28. Cf. Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, sentencias del 12/11/1998; T. 321 P. 2933.

29. La CSJN en la causa SACOAR y C. c/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa, sostuvo expresamente que “La garantía de la defensa en juicio contempla la necesidad de que el litigante conozca de antemano las 294 reglas claras de juego a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica”, sentencia del 13/10/1988, T. 311, P. 2082.

todo porque da lugar a un preocupante estado de incertidumbre, no sólo del paciente sino también de quienes tienen a su cargo la prestación directa del servicio.

No escapa a la realidad jurídica argentina que el desorden normativo no es sólo administrativo. También es legislativo. En efecto, el sistema federal que nos rige y el reparto de competencias que dicho sistema impone entre el gobierno central y las provincias, tal como se desprende de la propia Constitución Nacional, implica que tanto el Congreso Nacional como las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma estén habilitadas para sancionar normas en materia de salud (arts. 75, inc. 18 y 19; 121 y 125, CN). Empero, si la proliferación legislativa es manifiesta es dable imaginar una exponencial proliferación de normas infralegales que coadyuvan de forma determinante al desconocimiento poblacional respecto del alcance de sus verdaderos derechos y obligaciones.

Oscar Garay (Sup. Act. 11/06/2009, 1), al respecto, puso de manifiesto que la legislación sanitaria:

integrada por un ramillete de normas jurídicas (leyes, decretos, resoluciones, otras) que legislan sobre la materia... buscan "promover el bienestar general" y "afianzar la justicia", en relación a la prevención, protección, recuperación y bienestar de la salud de los habitantes de la nación; disponiendo a esos fines, medidas, procedimientos, programas, derechos, cargas, obligaciones, prohibiciones, etcétera; y regulando las relaciones jurídicas en que participan los actores del sector salud.

al tiempo que señala que:

La definición representa el deber ser ínsito en las normas jurídicas, pero la realidad de la legislación sanitaria muchas veces no se condice con el concepto construido [pues] Considerada como conjunto, existe desarmonía en la legislación sanitaria vigente en las distintas jurisdicciones que conforman el territorio nacional, lo que atenta contra el principio de equidad y el derecho a la salud de todos los habitantes del país.

5.4.2. Recursos económicos

Las restantes cuestiones que analizaremos en relación con el derecho a la buena administración en materia de salud se vinculan de algún modo con la administración de los recursos económicos del Estado³⁰ y cuando nos referimos a la administración de recursos no podemos soslayar la escasez. Esto es, el conflicto que aparece entre la provisión de recursos limitados y la existencia de necesidades que día a día van en aumento y que incluso son cada vez más complejas y más caras. Es importante entonces que la asignación de tales recursos sea destinada a todos los ámbitos que sea posible abarcar.

Ahora bien, con respecto a la cuestión planteada en estos últimos años y más precisamente en el área de salud, han ido apareciendo sendos cuestionamientos basados principalmente en un estudio pormenorizado de indicadores económicos que reflejan el creciente nivel de gasto.

A su vez, es importante tener en cuenta que cuando el Estado se predispone a asignar recursos debe hacer primar la racionalidad económica, es decir que la eficacia en la atención de salud debe complementarse con la eficiencia en el manejo del dinero que es destinado para ese fin; caso contrario, el Estado deberá disponer de más y más dinero para hacer frente

30. La recomendación del Comité de Ministros de Europa 7/2007 al referirse a la buena administración enuncia como elementos que coadyuvan a su fin, entre los que menciona, la calidad normativa y organizativa, recursos humanos adecuados, y correcta gestión pública, así como el respeto por los principios de legalidad, igualdad, imparcialidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, participación, transparencia, respeto de la intimidad y respuesta en plazo razonable (cit. por Ponce Solé, 2008:1289 y ss.).

a una misma necesidad. No se trata entonces de una cuestión dineraria, sino de eficiencia en la administración de los fondos públicos.

Otro dato que no debe obviarse es que la administración del servicio de salud –como su nombre lo indica– hace, entre otras cosas, a un aspecto esencial de la vida humana como es la salud, bien que, además, se vincula íntimamente con la calidad de vida de la población. Ello hace que necesariamente la administración del servicio público de salud deba ser considerada como una prioridad, debiendo el Estado encargarse de velar no sólo por que los recursos aportados al sistema de salud sean suficientes, sino que además, sea utilizado eficazmente. Todo ello con el fin de asegurar la calidad de las prestaciones que las personas necesitamos para poder desarrollarnos dignamente y con el respeto debido a la autonomía personal. No debemos olvidar que “La dignidad humana comprende vida e integridad corporal, y por lo tanto salud, así como la disponibilidad de todos los medios necesarios para su desarrollo, uno de los cuales es la prestación sanitaria” (Demarchi y Baroli, 1996:223).

Creemos necesario insistir con esta idea: más allá de cualquier política sanitaria que pueda encarar cualquier Estado y por más seriamente que ésta haya sido encarada, incluso más allá de que la partida presupuestaria asignada haya sido claramente suficiente, si no se administran correctamente tales recursos, su dilapidación va a traer aparejada la ineficacia del servicio público de salud a cargo de la Administración.

No hay duda de que la cuestión planteada es de por sí complicada, dado que nos estamos refiriendo a un tema tan crucial como es la asignación de recursos y la administración de éstos. Pero de la responsabilidad con que se asignen y manejen los fondos públicos dependerá que los pacientes reciban un adecuado, digno y humano servicio de salud. Ya lo dijo la Corte Suprema: “Quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular”.³¹

Ahora bien, como se viniera resaltando, el derecho a una buena administración es exigible no sólo frente a la actividad administrativa formalizada, sino también en los supuestos de actividad prestacional o material, es decir, cuando presta de un servicio público, y muy especialmente, cuando se trata de un servicio de asistencia social como es el de salud. En dicho caso, debe contar con una estructura que administre:

con eficacia y eficiencia los recursos y con un personal que atienda al ciudadano con los conocimientos y la sensibilidad propia del servicio que presta (...) requiere acertar en la formación del personal prestador de los servicios y exigirle que su actuación esté guiada por el mejor servicio posible a los ciudadanos. La Administración no tiene que perseguir en estos casos que se acaten sus decisiones, sino que con su actuación debe conseguir la confianza de los usuarios de sus servicios.³²

Así pues, tratándose de un servicio público, el principio de buena administración adquiere una eficacia diferente de la que debe tener cuando la Administración actúa a través de procedimientos decisorios o reguladores ya que la posición del ciudadano en aquél se hace más presente. Como se ha dicho:

la organización de este tipo de prestaciones estatales debe permitir que el destinatario no sea tratado como un objeto sobre el que decide un saber técnico profesional, sino como un sujeto que participa y colabora en la configuración de las medidas con que se pretende solucionar un problema

31. CSJN, Vicente, Adriana Elizabeth c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, sentencia del 30/09/2003, T. 326, P. 4003.

32. Ver Sindicatura de Greuges de Barcelona (2010).

vital personal. Esta organización tiene que estructurarse según el principio de proximidad —incluso en el sentido espacial más literal del término— en relación con el destinatario de las prestaciones, porque sólo esta proximidad permite la fluidez y la confianza en la relación con el profesional que interviene, lo que condiciona el éxito de la prestación (Rodríguez de Santiago, 2007:38).

5.4.2.1. Infraestructura

Sentado lo anterior, es dable recordar que forma parte del derecho a una buena administración del servicio de salud, que los usuarios/pacientes gocen de una infraestructura adecuada al momento de ser atendidos, sea cual sea el rol que ejerzan (paciente sano, paciente enfermo, visita, familiar, etc.); insumos suficientes y necesarios; recursos humanos capacitados y políticas públicas. Todos estos condicionantes del derecho a una buena administración cuando se verifican en los hechos darán lugar a la vigencia del principio de eficacia de la acción estatal, entendido como:

el deber de la autoridad estatal de planificar y ejecutar sus acciones de un modo tal que permita conseguir el resultado querido por el ordenamiento. Es la obligación de coordinar todos los medios a disposición de la autoridad para garantizar el resultado fijado normativamente. Este resultado debe ser aprehendido desde el principio de jurisdicción que establece en el goce efectivo de los derechos fundamentales el fin último de la actividad estatal.³³

Ahora bien, como se mencionara en primer término, el derecho a una buena administración del servicio de salud exige una infraestructura sanitaria que actualmente no se verifica en los hechos.

Cabe resaltar la trascendencia que reviste la interconexión entre hospital público y los derechos de los pacientes, ya que es en dicho ámbito físico donde los pacientes recurren para hacer efectivos tales derechos (salud, información, asistencia, provisión de medicamentos, etc.).

En el informe de la Auditoría General de la Nación aprobado por resolución n° 59/2003, se puso de resalto la importancia que el hospital público históricamente ha tenido para la sociedad:

Históricamente, en nuestro país, el hospital público ha sido la institución encargada de satisfacer en forma absolutamente gratuita la demanda de asistencia sanitaria de todos aquellos que requirieran sus servicios, obteniendo los recursos necesarios para su financiamiento directamente del presupuesto de la jurisdicción a la que pertenece cada establecimiento (nacional, provincial o municipal).

Actualmente y como parte integrante del sistema estatal de salud, el hospital público es la única institución que ofrece cobertura universal, brinda asistencia sanitaria a los sectores menos favorecidos económicamente; presta sus servicios a beneficiarios de obras sociales y demás instituciones privadas de medicina prepaga; atiende la demanda de sectores sociales con mayor capacidad económica atraídos por el prestigio del personal médico perteneciente a la institución; cubre necesidades relacionadas con la emergencia y la atención de pacientes accidentados y ejerce funciones de escuela médica e investigación científica.

El incremento en la demanda de los servicios que brinda el hospital público, originado

33. Cf. Gutiérrez Colantuono (2009:127). Por su parte, Ponce Solé (2008:1289 y ss.) sostuvo que "El principio de eficacia impone así un deber de actuación administrativa, a fin de que el correcto desarrollo de la misma permita obtener decisiones que, además de no vulnerar el ordenamiento jurídico, sean eficaces", entendiendo que la eficacia no es sólo un resultado, son también 297 //¿?// un modo de desarrollo de la actividad conducente a la decisión, una guía de comportamiento, la virtud por la que se puede alcanzar un efecto determinado.

entre otros aspectos en el aumento de la población sin cobertura médica, en el mayor número de obras sociales deficitarias que no se encuentran en condiciones de dar respuesta adecuada a la demanda de sus asociados y a tasas crecientes de utilización del servicio derivado de una mejor información de la población, pone de relieve la creciente importancia del rol que desempeña el hospital público en la prestación de los servicios de salud.

Más aún, se ha sostenido que el hospital constituye un punto central del servicio sanitario, pues, en él, no sólo se brinda asistencia e internación, sino también, otros servicios o modalidades asistenciales que hacen a dicho servicio público, por ejemplo, la medicina preventiva, la enseñanza sanitaria, la investigación (Mateo, 1977:371).

Empero, frente a este incremento de la demanda y al rol impuesto al hospital público en la atención sanitaria de los sectores de la población menos favorecidos, lo que se constata es el lamentable estado edilicio en que tales centros de salud se encuentran.

En efecto, ya en el año 2002, el CELS junto a otras entidades representativas del sector de la salud presentaron un informe al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde denunciaron el verdadero estado de colapso en el que –ya por ese entonces– se encontraba el sistema hospitalario público y la seguridad social en Argentina.³⁴ Más recientemente, en marzo de 2008, la Universidad de Buenos Aires hizo un informe sobre el estado de situación de los hospitales universitarios, de donde surgen los principales problemas que éstos enfrentan. La falta de recursos incide notablemente en la infraestructura edilicia, así como en la capacidad para funcionar, toda vez que las malas condiciones de habitabilidad en que se encuentran conllevan a deshabilitar sectores de los nosocomios con la pérdida de espacio para el tratamiento de los pacientes. En síntesis, el hospital no funciona al 100% y en consecuencia, se produce una importante pérdida por capacidad ociosa.³⁵

A su vez, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en el informe anual del año 2008, se refirió igualmente al estado calamitoso de los hospitales públicos de la Ciudad. En dicha presentación, el organismo se mencionó la existencia de varios reclamos de los usuarios respecto de la "inadecuadas condiciones de infraestructura en efectores públicos", lo que llevó a la realización de inspecciones realizadas junto con personal técnico del área de Arquitectura y Urbanismo y de Verificaciones.

Algunas de las deficiencias observadas fueron las siguientes: rotura de cloacas en el Centro Obstétrico del Hospital Rivadavia; carencia de mantenimiento e higiene en el Muñiz; inadecuada ejecución de las obras de remodelación del Hospital Fernández; falta de finalización de obras en quirófanos y no construcción de la nueva sala de Guardia en el Hospital Gutiérrez y del sector "bienestar para padres" del servicio de terapia intensiva del Garrahan. Se señaló, además, en el informe, las obras que se encontraban paralizadas. En particular, se solicitó: en el caso del Hospital Piñeiro, la reversión de las inadecuaciones edilicias y la provisión de los servicios básicos; respecto del Hospital Infante Juvenil Tobar

34. Para más información ver <www.cels.org.ar>.

35. Sobre el particular, la Corte Suprema, a través del voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, señaló que "Quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas; una sociedad organizada no puede admitir que haya quienes no tengan acceso a un hospital público con un equipamiento adecuado a las circunstancias actuales de la evolución de los servicios médicos, y no se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes, o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos" (in re, Ministerio de Salud c/Gobernación s/acción de amparo, sentencia del 31/10/2006, T. 329, P. 4741).

García, la continuación de las obras de remodelación; en cuanto al Hospital Pirovano, se exigió que se dejara sin efecto la paralización de las obras de la Guardia.

La CSJN ha destacado que "es obligación del Estado mantener los hospitales en condiciones adecuadas para su funcionamiento con el fin de que las prestaciones de salud sean un bien que pueda ser gozado por la colectividad".³⁶

A su vez, en el ámbito provincial, la justicia ha sostenido que el panorama organizativo, de control y de dirección del servicio de salud por parte de las autoridades sanitarias era "desquiciado", pues se había probado en la causa fallas en recursos humanos, falta de equipamiento básico y un cabal abandono y desatención de la salud pública.³⁷

El caso "Acuña"³⁸ es una triste síntesis de la situación decepcionante en que se encuentran los efectores públicos de salud. La causa pone en evidencia el estado deplorable en que se encontraba el Hospital Neuropsiquiátrico Dr. Braulio Moyano, en sus más diversos aspectos.

En lo que respecta a la infraestructura, el precedente pone en evidencia que en el nosocomio mencionado las pacientes se encuentran en estado de hacinamiento, peligro e indignidad. Se constató: falta de duchas e insuficiencia de inodoros, paredes y techos resquebrajados y con filtraciones, paredes descascaradas; vidrios rotos, carencia de hidrantes, pantallas de gas no reglamentarias; boquetes en los techos, falta de rejillas y de plafones de luz. Para que la situación resulte más clara, la sentencia expone que:

En cuanto a los sanitarios habilitados para que las pacientes se bañen, sólo se pudo constatar la existencia de un baño con bañera, en estado deplorable, donde deben bañarse 40 pacientes (...) la calefacción es muy baja y (...) las ventanas en general no cierran. En el lugar se advirtió una caja para manguera (hidrante), sin la correspondiente manguera.

El Asesor Tutelar interviniente en el caso concluyó respecto de la visita efectuada en el Hospital Moyano que:

En el pabellón Tomasa Vélez Sarsfield (planta baja, 1º piso y 2º piso): hacinamiento, baños destruidos y en condiciones de indignidad, duchas e inodoros insuficientes, faltas de higiene, condiciones de infraestructura pésima (paredes y techos resquebrajados y con filtraciones, ventanas que no cierran y por las cuales entra frío), existencia de gatos en demasía, suciedad acumulada, falta de medidas de seguridad (ej. no hay hidrantes), falta de capacitación del personal para una eventual evacuación (se desconoce plan de evacuación); estufas que no funcionan, entre otras irregularidades.

Los informes aludidos y la jurisprudencia reseñada demuestran que los pacientes, en tanto usuarios del servicio público de salud, no gozan del derecho a una buena administración toda vez que no pueden acceder a la infraestructura necesaria para que dicho servicio sea brindado en condiciones dignas y humanitarias. No debemos perder de vista la manda que surge del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto establece que los Estados deben proteger el derecho a la salud "por medio de un sistema global de atención sanitaria, que está a disposición de todos, sin discriminación alguna, y económicamente accesibles para todos".

5.4.2.2. Recursos humanos

Otro aspecto que merece atención es el referido a los recursos humanos de los que

36. CSJN, 31/10/2006, Ministerio de Salud y/o Gobernación, LA LEY 10/11/2006, del voto del Dr. Lorenzetti.

37. Cf. CSJ Santa Fe, CH., G.E., 17/11/2005, cit. por Nallar (2009:325 y ss.).

38. CACAYT CABA, Acuña María Soledad c/ GCBA s/ Amparo (art. 14, CCABA), diciembre de 2008.

dispone la Administración Pública para la atención del servicio público de salud. Este aspecto no sólo abarca la cantidad de personal suficiente para hacer frente a la prestación del servicio, sino además la capacitación de dicho personal, las condiciones de trabajo y la compensación que perciben por sus funciones.

Cabe poner de resalto que el punto que analizamos tiene que ver con la ineficacia en la administración de los recursos por parte del Estado en lo relativo al paciente pero que afecta a una de las bases esenciales del servicio médico sin la cual éste no puede funcionar correctamente dentro de la legalidad: los galenos.

Se observa actualmente que el médico muchas veces es socialmente juzgado porque es la cara visible de un sistema que tiene fallas groseras, fundamentalmente en lo que respecta a la asignación de los recursos. Además, y producto de estos tiempos no sólo se le exige que cure, sino que además, se le presiona tratando de que interprete nuevos roles que nada tienen que ver con su formación y que resultan muchas veces ajenas a él. Por tanto, el médico tiene que lidiar, por un lado, con la falta de recursos por parte del Estado que conlleva a la ineficacia del sistema de salud y, por el otro, con un desdoblamiento de sus tareas, dado que hoy no sólo debe ocuparse del ámbito de la medicina sino que debe asumir otros roles de manera subsidiaria.

Sin duda que el cuadro que mencionamos es perverso, ya que pone como cara visible del sistema de salud a los profesionales pero, a su vez, estos deben lidiar con cuestiones ajenas a su rol principal, esto es, el arte de curar.

Nótese que si bien el nivel de capacitación profesional en este tipo de hospitales es generalmente elevado, lo cierto es que ello no puede ser percibido por el usuario plenamente, ya que la falta de recursos impide la prestación del servicio de manera eficiente, lo que opaca el profesionalismo de los galenos; ello, sin perjuicio de la suspensión o no realización de concursos públicos tendientes a confirmar a los médicos en sus puestos de trabajo de forma permanente, circunstancia que coadyuvaría a garantizar la calidad y continuidad de los servicios de salud.³⁹

Sumado a ello, está la cuestión salarial. En efecto, los médicos perciben –cada vez más– salarios injustos y no ajustados a las necesidades actuales. A su vez, la falta de recursos adecuados para obtener –por ejemplo– el diagnóstico de un paciente configura una conjunción de elementos que conllevan a un deficiente sistema de salud que los coloca en una situación expuesta y frustrante respecto de la comunidad.⁴⁰ Dicha circunstancia (sin que lo que se dirá sea a modo de justificación), genera –en algunos casos– una mala predisposición o un cierto grado de desidia de parte de los profesionales que frente a indignas situaciones

39. En efecto, la estabilidad constituye una característica esencial del empleo público reconocido en el art. 14 bis de la CN y en dicho entendimiento se señaló que “no es solamente un derecho constitucional del agente, sino también una garantía institucional de independencia del órgano que encarna tal agente. La estabilidad es, así, un mecanismo de tutela al ciudadano que se presenta ante un funcionario y no excluyentemente del funcionario. En este punto, pareciera ser una típica potestad fiduciaria que, a diferencia de otras garantías constitucionales, no está pensada a favor de su titular –el agente–, sino de terceros, los ciudadanos sobre los que tiene competencia” (cf. Gutiérrez Colantuono, 2009:127).

40. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ponderado esta situación al reconocer que “Los médicos de un hospital público que dedujeron una acción de amparo contra el Estado Provincial a fin de que solucione las graves deficiencias que padece el nosocomio cuentan con legitimación para demandar como lo hicieron, en tanto han expuesto que la situación precaria en que tienen que desempeñar sus tareas los afecta en forma personal y directa, y no meramente como miembros de la comunidad interesados en que la Provincia cumpla con sus obligaciones en materia de salud, por lo que se encuentran en juego bienes jurídicos individuales y los derechos sobre tales bienes son ejercidos por su titular” (del voto del doctor Lorenzetti, sentencia del 31/10/2006, Ministerio de Salud y/o Gobernación, LA LEY 10/11/2006).

laborales no tienen demasiado que perder.⁴¹

La falta de recursos humanos incide negativamente y en forma notable –como se desprende de lo dicho precedentemente– en el derecho de los pacientes a una buena administración de la salud. Más todavía, el informe anual 2008 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad permite comprobar la íntima vinculación que existe entre recursos humanos y atención de los pacientes. En efecto, allí se sostuvo que:

sigue siendo un problema para los usuarios del subsector la obtención de turnos para atención médica, dada la insuficiente disponibilidad de cupos asignados por día y por especialidad. Este obstáculo se presenta tanto en hospitales como Ce.S.A.C., y obliga a los usuarios a concurrir en horas de la madrugada para conseguir un turno, sin que la espera garantice necesariamente la atención. Contribuyen a esta modalidad de funcionamiento la falta de atención programada, la menor oferta de turnos en horario vespertino, y la concentración de la atención sobre la demanda espontánea.

La carencia del personal necesario para la atención adecuada de los pacientes conlleva a la situación descrita en el párrafo anterior: usuarios que deben hacer interminables colas desde horas de la madrugada para obtener turnos que se postergan, algunas veces, por varios meses; circunstancia demostrativa de la mala atención que reciben los pacientes que recurren al servicio público de salud, o lo que es lo mismo, la mala administración de los recursos humanos en el área de la sanidad. Al respecto, cabe citar –por su elocuencia– el informe anual 2008 del Defensor del Pueblo local al que ya hiciéramos referencia anteriormente:

En todos los casos, la excesiva demora para cirugías perjudica a los usuarios que no acceden a un tratamiento oportuno y eficaz de su problema de salud, que va agravándose en la espera, además de otros inconvenientes conexos como la necesidad de rehacer sus estudios prequirúrgicos, de prolongar sus internaciones preoperatorias (en algunos casos hasta siete meses...), con la desorganización familiar y laboral que ello implica, y el inevitable efecto iatrogénico sobre los pacientes.

La atención deficitaria tiene también entre sus fuentes la falta de personal suficiente por ausencia de nombramientos. Incluso dicha carencia se verifica respecto de cargos concursados y una vez finalizado el procedimiento de selección, alegando la Administración como justificativo la ausencia de partida presupuestaria.⁴²

Asimismo, la insuficiencia de recursos humanos irradia sus efectos negativos a otros supuestos que afectan la buena administración del servicio sanitario, como es, por ejemplo, la dilatación de las cirugías o de estudios complejos que no sólo obedecen a la causa citada, sino también al mal estado de los aparatos, la carencia de insumos indispensables para su realización o la falta de lugar para llevar a cabo las prácticas médicas o la internación

41. Sobre el particular, el informe anual 2008 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires menciona en el tercer lugar entre los reclamos más frecuentes las situaciones de maltrato, negligencia y mala atención por parte del personal profesional y administrativo de los efectores hacia los usuarios, sobre todo en la atención en Guardias e internaciones. El informe cita a los Hospitales Argerich, Durand, Penna y Santa Lucía como los que cuentan con mayores denuncias de este tipo.

42. El informe ya citado es sumamente ilustrativo de la situación por la que atraviesan los efectores públicos de salud en cuestiones de personal: La falta de recurso humano en el subsector público sigue siendo una problemática de resolución pendiente. Quienes se encuentran en funciones realizan extensas jornadas complementarias que los sobrecarga de trabajo, produciendo, en consecuencia, un alto índice de ausentismo por razones de salud del personal. Tal situación ha obligado, en algunos casos, al cierre de internaciones en servicios hospitalarios. La mayoría de los efectores requieren personal administrativo. En ningún caso se plantean mecanismos que dispongan el reemplazo de personal en condiciones de jubilarse. En términos generales, la falta de recurso humano en salud ha respondido a la suspensión de nombramientos de personal en cargos ya concursados, circunstancia que además de conculcar un derecho laboral de los trabajadores de la salud, incide en la organización y funcionamiento de los servicios, perjudicando la atención de los usuarios.

requerida para la rehabilitación del paciente.

5.4.2.3. Insumos

El tercer elemento que hace a una buena administración del servicio de salud es una adecuada provisión de los insumos que se requieren para la más variada atención de los problemas que aquejan a los pacientes. Nos referimos a todos aquellos elementos que resultan indispensables para el ejercicio efectivo y eficiente de la prestación de salud: desde los más complejos aparatos técnicos hasta el insumo más insignificante, incluyendo toda la gama de medicamentos y prótesis que el paciente debe recibir para garantizar sus derechos como tal.

Continuando con el informe de la Defensoría del año 2008, en lo que a este aspecto se refiere, puso de manifiesto la grave situación que atraviesan los hospitales públicos por la falta de insumos básicos. En tal sentido, señaló el citado órgano de defensa de los derechos humanos que:

durante 2008 se agregaron los obstáculos relativos a la crónica falta de insumos hospitalarios básicos y material quirúrgico. Esta situación agravó a tal punto la problemática que servicios de cirugía de distintos nosocomios se vieron obligados a interrumpir su tarea habitual. Tal fue el caso de los hospitales Cosme Argerich y Ramos Mejía, que representaron los efectores con mayor cantidad de reclamos. Sin embargo, la problemática del desabastecimiento de insumos y la consecuente suspensión de cirugías afectó a todos los hospitales, tanto a los generales de agudos, como los especializados y de niños.

Se trata de un círculo vicioso dada la conectividad existente entre los diferentes elementos que hacen a una buena administración del servicio de salud (personal, infraestructura, insumos, tecnología, etc.). Allá por el año 2002, la crisis económica y social por la que atravesó Argentina justificaba la crisis del sistema sanitario. En dicha oportunidad, se advertía que:

La falta de insumos y medicamentos ha provocado la reducción de las internaciones. No se realizan estudios por falta de reactivos, placas e imposibilidad de pagar la reparación de los equipos. Hay servicios paralizados, parcial o totalmente, y la farmacia se encuentra totalmente desabastecida (no cuenta con medicamentos primordiales que además no pueden comprarse por el aumento de precios impuesto por los laboratorios). Mientras tanto, el personal trabaja con incertidumbre y problemas económicos... En el hospital no se pueden hacer determinaciones elementales en pacientes con HIV (a pesar que llegó el dinero específico para tratar a pacientes con esta enfermedad, pero que fue utilizado para cubrir otras necesidades).⁴³

Ocho años después, con un país que dice encontrarse en una situación económica de estabilidad, la situación en el área de salud no parece haberse revertido. Muestra de ello es el informe de la Defensoría a la que reiteradamente se aludiera.

En este supuesto particular, se evidencia que la cuestión ha llegado a supuestos extremos, justamente, por decisiones administrativas ineficaces y poco previsoras. En efecto, cabe soslayar que la carencia de insumos estuvo motivada en gran medida por las modificaciones introducidas por la Administración del GCBA en el sistema de compras hospitalarias. En efecto, se implantó un sistema centralizado de compras con participación del Ministerio de Hacienda. En virtud de la centralización señalada, los nosocomios dejaron de percibir fondos propios con los cuales podían efectuar compras menores o de urgencia –como, por ejemplo, reparar equipos– y se dejaron sin efecto las licitaciones en curso convocadas por los propios hospitales. Sin embargo, hasta que el nuevo sistema fue cabalmente implementado,

43. Para más información ver <www.cels.org.ar>..

los efectores de salud no contaron con un proceso alternativo que garantizara la provisión y suministro de los insumos necesarios para el normal y adecuado funcionamiento, lo que llevó a la dilación en la realización de las más diversas prácticas médicas –desde complejas cirugías hasta atención ambulatoria o urgencias–; circunstancia que, a su vez, podía acarrear el empeoramiento del estado de salud de los pacientes con el riesgo que ello importa y, en consecuencia, la necesidad de recetar nuevas prácticas médicas o nuevos tratamientos.

Es decir, la ineficiencia del sistema de compras es la madre del desabastecimiento de insumos y dicho desabastecimiento constituye una de las causas del agravamiento de las enfermedades de los usuarios; lo que, a su vez, obliga a recetar nuevos tratamientos y medicamentos para esta nueva dolencias o para los supuestos de agravamiento del mal inicial, lo que importa la realización de erogaciones que podrían haberse evitado si se hubiera actuado con previsión y eficiencia.

Sin embargo, el colmo de la mala administración del servicio se manifiesta en el incumplimiento, de parte de los funcionarios a cargo de los efectores, respecto de la entrega a los usuarios de lo que se conoce como "rechazo conformado".⁴⁴ Dicha documentación permite al paciente –a quien el hospital no puede dar una determinada prótesis o tratamiento por carecer de ella– solicitar su provisión al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Dicho documento es el requisito esencial para el citado trámite y la negativa a entregarlo por parte de los directivos del hospital deberían ser causal de remoción atento la índole de los derechos que se afectan a través de esa conducta incomprensible e irresponsable.

5.4.2.4. Otras cuestiones

A lo dicho, debe añadirse que no sólo el sistema de compras vigente fue implementado intempestivamente y sin la previsión adecuada para evitar las consecuencias negativas que luego necesariamente se dieron (como la falta de insumos mínimos para una adecuada atención sanitaria), sino que, además, este nuevo sistema no pudo dejar de constituirse en un procedimiento de compras extremadamente burocrático que origina demoras en la provisión de los insumos e incide desfavorablemente en las estructuras necesarias para el correcto funcionamiento del servicio. Se constata asimismo un estado de endeudamiento con los proveedores por sumas que inciden notablemente en el presupuesto asignado a tales fines.⁴⁵

Otro aspecto que merece ser atendido es el referido a la tecnología aplicable al área de la salud. No sólo es insuficiente, sino que además es obsoleta. La escasez de recursos tecnológicos importa que aquellos con los que se cuenta se usen de manera exagerada, provocando su ruptura en términos breves y en forma frecuente. A ello, debe agregarse la demora (siempre injustificada, más allá de los fundamentos, dado el tenor de los derechos

44. Cf. Informe anual 2008 de la Defensoría del Pueblo de la CABA. Más aún, dicha investigación pone de manifiesto el alto grado de desabastecimiento al que llegaron los efectores del sistema público de salud en el año 2008 y alude a una falta generalizada de insumos. Entre los elementos que escaseaban en los nosocomios, menciona los siguientes insumos básicos: analgésicos, antibióticos, antipiréticos, antihipertensivos, anticonvulsivantes, anticoagulantes, corticoide, anestesia, cánulas, suturas, bisturís, vias de suero, guantes de látex, jeringas, agua destilada, solución fisiología, alcohol y gasa, reactivos e insumos de laboratorio necesarios para procedimientos diagnósticos elementales y específicos (Ej.: serología para hepatitis B y C), escasez de medicamentos básico, anticonceptivos y preservativos. Sin embargo, lo más lamentable es que, tal como se señala en el informe, "La omisión de compras de insumos hospitalarios da cuenta de una subejecución del presupuesto destinado a la salud pública y votado por la Legislatura a fines del año 2007".

45. En situaciones más o menos similares a las señaladas se encuentran, según el informe producido por la UBA, los siguientes nosocomios: Hospital de Clínicas, Instituto de Investigaciones Médicas Alfredo Lanari, Instituto de Tisioneumonología Profesor Dr. Raúl Vaccarezza, Hospital Odontológico Universitario, e Instituto Oncológico Ángel H. Roffo. Todas instituciones de reconocida trayectoria por el elevado nivel de sus médicos, lamentablemente se encuentran acuciadas por problemas presupuestarios que culminan por incidir negativamente en la labor profesional y en la confianza que el paciente debe tener respecto del prestador del servicio de salud.

en juego) en repararlos o suplantarlos, sea por ineficiencia de los funcionarios a cargo, sea por la burocracia que impera en el sistema de compras del estado, sea por la carencia de recursos presupuestarios.⁴⁶

Esta deficiencia del servicio de salud incide necesariamente en el resto de las áreas que hacen a la prestación adecuada.⁴⁷ En efecto, la imposibilidad de recurrir a la tecnología impide la realización de buenos y precisos diagnósticos, lo que además demora la prescripción de una correcta terapia o tratamiento. Un sistema tecnológico deficiente por escaso implica tardanzas en la entrega de turnos médicos con el consiguiente riesgo de agravamiento de la enfermedad o, lo que también es peligroso, puede inducir a los usuarios a desistir de su intento de lograr ser atendido, lo que conlleva un abandono del sistema preventivo de salud que es tan importante no sólo a nivel personal y humano, sino también presupuestario. Quien evita una enfermedad, por haber sido tratado a tiempo, evita el gasto estatal en medicamentos y terapias en las que habrá de incurrir el sistema público de salud una vez que la enfermedad ha avanzado.

El punto máximo de desidia al que se puede llegar, se constata cuando la propia Dirección General Adjunta de Redes de Servicios de Salud informa –a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad– que no existe en el Ministerio un relevamiento de ecógrafos en funcionamiento, y que la Red de Diagnóstico por Imágenes no tiene responsable a cargo desde hace más de dos años. También cuando se observa que la directiva de centralización de compras de insumos y la quita de fondos económicos propios de cada hospital, no previó ningún mecanismo de pago para la reparación o alquiler de aparatología, ni para disponer contrataciones externas de estudios complementarios para casos de urgencia y que no pueden ser resueltos dentro del sistema (por ejemplo, angiogramas). Es realmente preocupante que mientras en el ámbito privado se incorporen de forma cada vez más habitual, herramientas de alta tecnología biomédica que da lugar a avances sustanciales en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades; los efectores públicos ni siquiera cuentan con la tecnología mínima indispensable para el diagnóstico y tratamiento médico como son los tomógrafos o aparatos de radiología.

Se suma a esto un sistema de procesamiento de datos no integrado y de características obsoletas. Esta falta de integración impide una labor coordinada y complementaria de los efectores públicos. De hecho, muchas quejas han sido presentadas ante el Defensor del Pueblo comunal por falta de derivación entre servicios de un mismo efector o entre distintos efectores, la falta de trabajo en red, de gestión de traslados, dificultades en la referencia y contrarreferencia, circunstancias que inciden en la atención integral y oportuna de los usuarios.

Todo lo hasta aquí manifestado permite aseverar que los servicios públicos de salud padecen serias deficiencias producidas por una inadecuada distribución de fondos al no establecer racionalmente las prioridades, circunstancias que derivan en un ineficiente gasto público que perjudica esencialmente a los sectores pobres de la población que –ante la mala

46. Cf. Informe anual 2008 de la Defensoría del Pueblo de la CABA, durante tal año se registraron quejas sobre rotura de tomógrafos en los Hospitales Curie (actuación 2.427/08), Argerich (actuación 2.860/08), Penna (actuación 2.912/08); de equipos de ecodoppler en el Hospital Tornú, Durand y Rivadavia (actuación 818/08); de ecógrafo y mamógrafo en el Hospital Pirovano (actuación 251/08); ecógrafo en el Hospital Rivadavia y en el Argerich (actuación 266/08); de fibrocolonoscopios en los Hospitales Ramos Mejía, Udaondo, Durand y Rivadavia (actuación 4.432/08); de ecocardiógrafo en el Hospital Ramos Mejía y Rivadavia; y de electromiógrafo en el Hospital Fernández.

47. Se ha dicho que "La política frecuentemente mal orientada, la burocracia, la falta de técnicos competentes, las leyes y reglamentaciones arcaicas y contradictorias, los procedimientos rutinarios y la deficiente planificación, financiación, organización y coordinación, son factores que conspiran para el logro de una administración estatal racional, dinámica, eficiente y económica. Esas deficiencias que se observan en casi todas las actividades estatales resultan perniciosas en la acción para organizar y dirigir los esfuerzos colectivos destinados a proteger, fomentar y restituir la salud de los habitantes de la comunidad que constituyen la ciencia y el arte de la salud pública" (Lamas, 1963:12).

administración del servicio público de salud- no acceden ni siquiera a este servicio básico y cuando lo hacen reciben servicios de mala calidad, insuficientes o tardíos, lo que evidencia una notable inequidad entre las distintas clases sociales que conforman la comunidad en cuanto al goce del derecho a la salud integral. No se trata exclusivamente de la carencia de recursos económicos suficientes, sino de una distribución inadecuada de aquellos.⁴⁸ La única solución posible es una reforma administrativa⁴⁹ que –a partir de las falencias enunciadas– busque su superación teniendo como norte el bienestar de los pacientes, requisito indispensable para el cumplimiento de los fines del estado: el bienestar general.

VI. CONCLUSIÓN

Pareciera que, en nuestro país, el Estado no percibe que los servicios públicos, y en particular el servicio de salud, deben ser entornos de humanización para que la población alcance mejores condiciones de vida. En efecto, el Estado parece no darse cuenta de que:

el poder público, si es sensible a las demandas reales de los ciudadanos de disponer mejores servicios puede contribuir, como manda la Constitución, a colaborar a que, en efecto, la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, no meras quimeras o aspiraciones del cuerpo social (Rodríguez Arana Muñoz y Canosa Usera, 2008:27 y ss.).

Tampoco advierte que los individuos, cada vez más, exigen una administración que preste servicios de buena calidad, en toda la dimensión que ello importa (tiempo, forma, extensión) brindando respuestas adecuadas, oportunas y prácticas a sus problemas. Una buena administración exige mucho más que el cumplimiento formal del procedimiento administrativo, pues la administración es mucho más que resolver actuaciones. Su campo de actuación incluye muchos otros aspectos, como los relativos a la organización interna, a la forma de adoptar las resoluciones generales e individuales, a los criterios para determinar los servicios que hay que prestar y a la manera de actuar para conseguir que estos servicios lleguen a los ciudadanos de forma regular y con la mayor calidad posible, siempre teniendo como meta la satisfacción de los intereses de los ciudadanos y llevando a cabo la función con una sensibilidad especial que atienda a este fin último.⁵⁰

En síntesis, la situación del servicio público de salud que fuera descripta precedentemente pone en evidencia una mala administración del mencionado servicio que, no debe olvidarse, se mantiene con fondos del presupuesto público (es decir, con recursos provistos por todos nosotros) y que, por ende, debería ser brindado con la máxima calidad y eficiencia posibles, asegurando el acceso de todos los individuos que requieran de él, en condiciones dignas y humanitarias.

La mala administración del servicio lleva implícita la violación del derecho que asiste a todos los ciudadanos a una buena administración sanitaria por parte del Estado; buena

48. El servicio público de salud incluye una muy variada cantidad de prestaciones que pareciera el Estado haber olvidado o no provocar la preocupación y ocupación que el tema merece. Como señala Daniel Nallar (2009), incluye todas aquellas funciones que debe asumir como dueño del hospital, empleador de los médicos y personal sanitario, comprador de la tecnología necesaria, constructor y organizador de las estructuras internas de los nosocomios, entre muchísimas otras. 49. Sobre el particular, se destacó que "Uno de los postulados básicos para la existencia de un buen gobierno es la necesidad de una auténtica reforma administrativa que debe practicarse desde la realidad, es decir, la actuación pública ha de dirigirse hacia la consecución de las mejoras reales, aún reconociéndose la propia limitación de su alcance". Más aún, se puso de resalto que las reformas administrativas que se practiquen debe llevarse a cabo teniendo como punto de referencia clave a las personas y no sólo los intereses de tipo burocrático "y que dicha reforma debe estar inspirada en los principios de lealtad institucional, confianza legítima y transparencia en la actuación pública" (cf. González Iglesias, 2007:635).

50. Ver Sindicatura de Greuges de Barcelona (2010).

administración que tiene un plus de exigencia si se tiene en cuenta que el usuario del servicio es una persona que accede a aquel para cotejar o corroborar su estado de salud o el de un ser querido. Más aún, implica que las autoridades reconozcan la responsabilidad asignada y asumida de promover el desarrollo y la calidad de los servicios públicos. La violación por parte de las autoridades del derecho a una buena administración del servicio público sanitario afecta claramente la calidad de vida de los pacientes/usuarios y, por ende, atenta contra el principio *pro homine*.⁵¹

El derecho a una buena administración coloca, entonces, como centro de las políticas públicas al individuo que es titular de derechos al tiempo que erige al Estado en el primer obligado a respetar, proteger, promover y garantizar esos derechos (cf. Nallar, 2009:325 y ss.), funciones a partir de las cuales propenderá a eliminar las desigualdades sociales de manera que todos tengan garantizado el goce de los derechos fundamentales, en particular, los asistenciales.⁵² Es decir, el derecho de las personas a una buena administración impone necesariamente el deber de una buena gobernanza.

De allí que deba crearse verdadera conciencia en la población respecto del alcance de este derecho que no implica solamente exigibilidad judicial de mejoras estructurales en el servicio, provisión de los insumos en el caso concreto o designación de los profesionales mediante procedimientos concursales ajustados a derecho, sino que importa el ejercicio de los derechos de participación mediante la formulación de los reclamos pertinentes en sede administrativa, las denuncias correspondientes ante la Defensoría del Pueblo como órgano político de contralor y la posibilidad de exigir la atención personalizada de los funcionarios, es decir, el trato directo entre el administrado y el administrador, o lo que es lo mismo, el reconocimiento y la vigencia del principio de proximidad.

Sobre el particular, se destacó que:

esta aproximación dialogal de la Administración en el desarrollo de su actividad tiene que articularse en políticas, procedimientos de gestión e iniciativas legislativas que permitan institucionalizar las diferentes formas de comunicación entre la Administración y los ciudadanos y promover sus efectos benéficos. Esta comunicación debe tener un carácter bidireccional. No sólo se trata de mejorar los sistemas de información y atención al público y de explicitar cuáles son los compromisos de calidad en el servicio que cada unidad adquiere con sus usuarios, sino también de potenciar los sistemas de consulta que aporten a la Administración información relevante sobre las prioridades de los ciudadanos en los diferentes aspectos que cubren los servicios públicos, sobre sus expectativas y preferencias, sobre su nivel de satisfacción y sobre las posibles áreas de mejora en aquellas unidades con las que se relacionan.⁵³

51. Según la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14, 1° párr., ley 23.737, este principio hermenéutico obliga a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. Para la doctrina, resulta un criterio hermenéutico esencial para la comprensión integral de cualquier ordenamiento que asegure derechos fundamentales y posea una especial dimensión desde la consagración de los tratados de derechos humanos, en tanto instrumentos pensados para tutelar a las personas y no para regular relaciones entre Estados requiere priorizar la finalidad protectora del ordenamiento jurídico por sobre las prerrogativas estatales, impidiendo interpretar el alcance de las competencias administrativas sin tomar en cuenta para ello el fin excluyente que les da sentido, que no es otro que el pleno goce de los derechos fundamentales (cf. Gutiérrez Colantuono, 2009:81 y ss.).

52. Como ejemplo de los fines que debería perseguir el Estado, vale citar el art. 9 de la Constitución española que en el inc. 2, establece que "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y a igualdad del individuo y de os grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

53. Ministerio de Administraciones Públicas (2000:23).

El derecho a la buena administración importa, pues, reconocer a las personas el derecho a exigir el cumplimiento de los mandatos que constitucionalmente se asignan al poder administrador en la parte orgánica de la Constitución. Implica transformar dichas facultades y deberes en exigencias concretas que dan sustento al derecho fundamental a la buena administración.

Ello significa, pues, que la parte orgánica de la Constitución también contiene derechos fundamentales exigibles por los afectados. Para ser más claros, si la Carta Magna impone al Ejecutivo (arts. 99 y 100) el deber de la administración general del país, aquel tiene la obligación de velar por la eficiencia y eficacia de dicha función a fin de garantizar el derecho a la buena administración. Por ende, la ineficiencia o ineficacia de la administración constituye una violación al citado derecho que da lugar a su exigibilidad sea frente a la misma administración a través del ejercicio de los derechos de participación (denuncias, reclamos, etc.) o mediante los pertinentes procesos judiciales.

Es sabido que la Constitución se divide en dos partes: la dogmática (que incluye que incluye los derechos y garantías de la que gozan las personas) y la orgánica (referida a la estructura de los poderes del Estado). La primera simboliza la libertad y la segunda, el poder. Ello así:

encontramos en la primera parte (dogmática) la respuesta última a la existencia y conformación del Estado, mientras que la segunda (orgánica) tiene por objeto instrumental estructurar el poder de modo de limitarlo y evitar por su concentración la afectación de las libertades básicas. De ello se desprende como estándar medular la hermenéutica constitucional que no es válido interpretar el alcance de las atribuciones otorgadas a los poderes constituidos en la parte orgánica de la Constitución, omitiendo en esa determinación la valoración de los límites que para el ejercicio de tales poderes se derivan de la parte dogmática de aquella (Gutiérrez Colantuono, 2009:83).

Los pacientes que –como usuarios del servicio público de salud– vean afectados sus derechos por una mala administración del Estado, deberán tomar conciencia de la exigibilidad del derecho a la buena administración, reclamo que dará lugar al mejoramiento de los hospitales, a garantizar la idoneidad de los médicos, a no padecer la espera en la realización de los tratamientos, a ser atendidos mediante tecnología apropiada, al suministro de los medicamentos y las terapias adecuadas. En síntesis, a la eficacia del obrar administrativo en la consecución de la protección de los derechos de los pacientes a un buen servicio público de salud, que no es otra cosa que garantizar el goce de las condiciones necesarias para que el bien más preciado para el ser humano –la vida– se desarrolle conforme el plan de vida que nos hemos imaginado y no de acuerdo al que las autoridades –sin justificación que lo avale– nos imponen como consecuencia del incumplimiento de sus deberes constitucionales.

En efecto, el derecho de los pacientes a una buena administración de la salud pública debe entenderse principalmente como un derecho de la ciudadanía en tanto usuarios de dicho servicio público que, por ende, es exigible administrativa y judicialmente tal como la propia Ley Suprema lo garantiza a partir del art. 42, 43, 99 y 100, CN.

No debemos nunca olvidar que –conforme lo sostuvo Guillermo Escobar– la protección que brinda el derecho a la buena administración conforma una garantía de la democracia en el ámbito de la administración. Y la democracia en el ámbito propicio para el respeto de los derechos fundamentales. Será a través de la vigencia plena de estos últimos que podrá verificarse la tutela que brinda el derecho a una buena administración a los pacientes/usuarios del sistema público de salud.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Albanese, S. y Zuppi, A. (1989): Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial, Tomo V, Buenos Aires, La Ley.

Bielsa, R. (1964): Derecho Administrativo, Buenos Aires, *//Depalma**//.

Cayuso, S. (2009): Constitución de la Nación Argentina Comentada, Buenos Aires, La Ley.

Cimma Silva, E. (1996): Derecho Administrativo Chileno y comparado. El servicio público, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 4ª edición.

Demarchi, G. y Baroli, C. (1996): Asignación de recursos en salud, Buenos Aires, Osmar D. Buyatti editor.

Escobar, G. (2005): Introducción a la teoría jurídica de los Derechos Humanos, Madrid, Trama.

Garay, O. (2009): Análisis crítico de la legislación sanitaria argentina, Buenos Aires, La Ley.

González Iglesias, M. A. (2007): Buen gobierno, buena administración y desarrollo económico, en Revista en derecho administrativo: de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Buenos Aires, año 19, Lexis Nexis.

Gutiérrez Colantuono, P. (2009): Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Lamas, E. (1963): Administración económica y dinámica de la salud pública, en Revista de Administración Pública, año 2, n° 8, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1998): Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Mateo, R. (1977): Ordenación pública del sector salud, en Revista Administración Pública, n° 84, Buenos Aires.

Medina Tornero, M. y Ruiz Luna, M. (2000): Políticas sociales para las personas mayores en el próximo siglo, Murcia, Caja de Ahorros del Mediterráneo y Universidad de Murcia.

Méndez Baiges, V. y Silveira Gorski, H. (2007): Bioética y Derecho, Madrid, UOC.

Ministerio de Administraciones Públicas (2000): Libro blanco para la mejora de los servicios públicos. Una nueva administración al servicio de los ciudadanos, Madrid,

Nallar, D. (2009): Responsabilidad del gobierno del Estado y del funcionario público por acciones y omisiones en materia de salud pública, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXII, Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo, Dr. Antonio Pedro Chede.

Prats i Català, J. (2005): De la burocracia al Management, del Management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo, Madrid, INAP.

Ponce Solé, J. (2008): Procedimiento administrativo, globalización y buena administración, Barcelona, Universidad de Barcelona.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, (2006): El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas, Madrid, Thomson Aranzadi.

— (2008): Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, Tomo I, Madrid, Netbiblo.

Rodríguez Arana Muñoz, J. y Canosa Usera, R. (2008): Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral, Madrid, Netbiblo y Villanueva Centro Universitario.

Rodríguez de Santiago, J. (2007): La administración del Estado social, Madrid, Marcial Pons.

Sarrochi Carreño, A. C. (1998): El laberinto y la Literatura, en Revista Signos, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

Sindicatura de Greuges de Barcelona (2010): El derecho a la buena Administración, disponible online en: <www.bcn.es> (consultada el día 01/09/2010).

Stefanelli Carlos, A. R. (2009): Servicios Públicos, Buenos Aires, La Ley.

Tomás Mallen, B. (2004): El derecho fundamental a una buena administración, Estudios Colección, Ministerio de Administraciones Públicas, España.

Villegas Basabilbaso, B. (1951): Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma.



Addenda premios anteriores

Premio CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (2004)

Tema

ACCESO A LA JUSTICIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1.er premio: Acceso a la Justicia

Autora: Mónica López Maldonado

2.do premio: Acceso a la Justicia en la Ciudad de Buenos Aires Estado Actual y Perspectivas

Autora: Ágata Emilia Teti

3.er premio: Desierto

PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2005

Tema

CALIDAD DEL SERVICIO DE JUSTICIA

Categoría

Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Como David a Goliat

Autoras: Iris Elisabet Garzón y Paula Lagos

2do. Premio: Algunas bases para mejorar el servicio de Justicia.

Autor: Matías Fernández de la Puente

3er. Premio: Calidad del servicio de Justicia

Autores: Javier Alejandro Buján y Luisa María Escribá

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Diagnóstico y propuestas para elevar la calidad del servicio de Justicia

Autor: Francisco Javier Ferrer Arroyo

2do. Premio: Niños, niñas y adolescentes: una mirada crítica

Autora: Bárbara Filgueira Inchausti

3er. Premio: Pensando la mejor de las Justicias posibles

Autora: María del Pilar Cela

Categoría

Abierta

1er. Premio: La calidad, la medida de la persona humana y el servicio de Justicia

Autora: Lila Emilse García

2do. Premio: Gestión social de calidad en la Justicia.

Autores: Mario Silvio Gerlero y Eduardo Alberto Augusto Parody

3er. Premio: La participación del actor social en la implementación de la calidad en la Justicia

Autores: Ricardo Martín Casares y Santiago del Carril

PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2006

Tema

LA JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES A 10 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS PORTEÑOS

Categoría

Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: La Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución de los Porteños: Una década que sabe a poco.

Autor: Marcelo Pablo Vázquez

2do. Premio: Hacia una Justicia Nueva y Efectiva

Autores: María Florencia Rodino y Germán Rodríguez Gauna

3er. Premio: El acceso a una Justicia democrática para la C.A.B.A., a diez años de la Constitución.

Autor: Adrián Norberto Martín

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

Desierta

Categoría

Abierta

1er. Premio: La Justicia de la C.A.B.A. a 10 años de la Constitución de los Porteños

Autor: Marcelo Gustavo Chamau

2do. Premio: Raíces, Principios y Futuro del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Autor: Patricio Esteban

3er. Premio: La consolidación de la autonomía: una cuestión de justicia

Autor: Ramón Trejo

Mención Honorífica: Los Tribunales Vecinales como una herramienta para el acceso a la justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Autores: Diego Leonel Freedman y Nicolás Perrone

PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2007

Tema

LENGUAJE Y JUSTICIA

Categoría

Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Soberanía del Sentido

Autor: Sergio Gustavo Simona

1er. Premio: La justicia como acontecimiento

Autora: Analía Haydee Mas

2do. Premio: La controversia sobre la hospitalidad

Autor: Horacio Guillermo Anibal Corti

3er. Premio: Desierto

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Las consecuencias de la aplicación del lenguaje judicial.

Autora: Rafaella Riccono

2do. Premio: El derecho y el revés

Autor: Emiliano Santiago Arvuez

3er. Premio: La Comunicación eficaz a través de la neurolingüística

Autora: Patricia Segura

Categoría

Abierta

1er. Premio: Argumentación y proceso. Una relación relevante en la práctica judicial

Autor: Néstor Leandro Guzmán

2do. Premio: El lenguaje del derecho y sus límites

Autores: Lucas Arrimada y Pablo César Rossi

3er. Premio: Roberto y la otra pequeña fábula sobre el lenguaje y el acceso de la justicia

Autor: Marcelo Jorge Degastaldi

Mención Honorífica: La comunicación en el juicio oral

Autores: Jorge Daniel Antoniatti

Mención Honorífica: Avisos y edictos judiciales. Que dicen y que no dicen

Autora: Alicia Dorotea Carr

Mención Honorífica: Lenguaje y principio de legalidad penal

Autores: Gustavo Alberto Beade y Santiago Roldán

PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2008

Tema

AUTONOMÍA PORTEÑA Y FACULTADES DE JURISDICCIÓN

Categoría

Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada

Autora: Ana Florencia Salvatelli

2do. Premio: Desierto

3er. Premio: Desierto

Mención honorífica: El rango provincial de la Ciudad de Buenos Aires y su validez constitucional en la competencia originaria y exclusiva

Autor: Alejandro Patricio Maraniello

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Pasado, presente y futuro de una ciudad que siempre es motivo de debate

Autora: Lara Jessica Miyasato

2do. Premio: Desierto

3er. Premio: Desierto

Categoría

Abierta: Desierta

PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009

Eje temático

Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1er. Premio: El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Autora: Silvina Marta Oubel

2do. Premio: Tularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires"

Autora: Lila Emilse García

3er. Premio: El deber de los jueces de armonizar el Derecho Interno con los Tratados de Derechos Humanos (¿Conflicto 'aparente' de normas?)

Autora: Analía Haydee Mas

Eje temático

Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1er. Premio: Desierto

2do. Premio: Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal

Autor: Ezequiel Martín Quaine

3er. Premio: Principio de oportunidad y sistema acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública

Autora: María Cecilia González

Eje temático

Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?

1er. Premio: Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?

Autora: Marta María Soledad Fernández Mele

2do. Premio: Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?

Autor: Marcelo Juan Segon

3er. Premio: ¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?

Autora: María Belén Aliciardi

Eje temático

Criterio de selección de jueces y funcionarios

1er. Premio: Meritos y política. La selección de jueces federales en Argentina

Autor: Emilio Demian Zayat

2do. Premio: El Juez del bicentenario que supimos conseguir

Autor: Juan José Varela

3er. Premio: Hombres de honor

Autora: Denise Magalí Villalba



Reseña de actividades

AÑO 1999

Seminario de Especialización sobre Derecho Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Parte I y II)

Seminario sobre los Derechos de los Niños y Adolescentes

Seminario de Especialización sobre Qué hacen los jueces cuando juzgan (Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial)

AÑO 2000

Ciclo de conferencias de Juristas extranjeros

Curso sobre capacitación en Computación (procesador Word, Correo Electrónico, Internet)

Curso de capacitación en Materia Contravencional

Seminario de capacitación: Los conflictos en las relaciones familiares y su interacción con el sistema judicial

Curso sobre Microjuris

Seminario sobre Control de Constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario: La Ley de Procedimientos Administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Parte I y II)

Seminario sobre el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario: El Arbitrio Judicial

Jornada sobre Temas de Derecho Penal, Contravencional y Faltas

Taller de Escritura

Curso de capacitación en Computación (Access)

AÑO 2001

Seminario de capacitación sobre Firma digital

Seminario de capacitación sobre Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Conferencia sobre la Magistratura Italiana, reclutamiento y carrera judicial

Curso de capacitación en Informática (Access II)

Curso de capacitación en Informática (Access III)

Seminario sobre cuestiones de Responsabilidad Médica

Curso de capacitación en Materia Contravencional para el personal del Servicio Penitenciario Federal

Seminario sobre cuestiones de Derecho Ambiental

Capacitación en el sistema de gestión judicial IURIX

AÑO 2002

Mediación en el ámbito penal

Liderazgo judicial

La Mediación con el Estado

Capacitación sobre el manejo de la base de datos jurídica EL DIAL.COM

AÑO 2003

Jornada sobre Aspectos Generales del Procedimiento Tributario

Curso elemental de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Curso elemental para Oficiales Notificadores y Oficiales de Justicia

Curso: Consumidores y usuarios procedimientos administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional. Su recepción en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El lenguaje jurídico: Lingüística y sentencia. Aportes para la construcción de sentencias desde la teoría del lenguaje

Curso intermedio: El Proceso Contencioso Administrativo y Tributario

Actualización en Derecho y Procedimiento Penal

Curso elemental de Derecho y Procedimiento Administrativo. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

AÑO 2004

Curso Introductorio sobre el Fuero Contravencional y de Faltas

Actividad de Capacitación para Oficiales Notificadores y Oficiales de Justicia

Taller de comprensión y producción de textos

Taller de Escritura para Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario sobre cuestiones de Ética Judicial

Seminario de actualización sobre Cuestiones de Bioética

Seminario/Taller sobre Nociones de Argumentación Jurídica

Curso intermedio Contencioso Administrativo y Tributario II: El Procedimiento en la Cámara de Apelaciones

Seminario/Taller sobre Nociones de Análisis Económico del Derecho

Seminario sobre Ejecuciones Fiscales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Taller de Escritura en Oficinas Judiciales

Seminario/Taller Técnicas: de Atención al Público

Ciclo de conferencias: A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional –Balances y Perspectivas

Seminario/Taller sobre Técnicas de negociación para entrevistas y gestión de audiencias

Seminario sobre Probation suspensión del juicio a prueba

Seminario sobre Niñez y Adolescencia en el Fuero Contravencional y de Faltas

Conferencia: La Participación Ciudadana en el Sistema de Justicia Juicios por Jurado

Seminario/Taller: El conflicto como proceso – Modos de intervención pacífica

Seminario/Taller Entrenamiento en audiencias – Técnicas de interrogación

Curso básico de Balística Forense

Seminario: El niño víctima de los procesos judiciales

Seminario/Taller: Técnicas de Atención al Público para el personal del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller sobre Estadísticas Judiciales

AÑO 2005

Curso Básico de Procedimiento Administrativo

Taller de Escritura para Empleados del Poder Judicial

Curso Intermedio CyF I: Introducción al Derecho Contravencional y su Procedimiento

Curso Intermedio CAyT III: El Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia

Seminario: Técnicas de Negociación para entrevistas y gestión de audiencias

Seminario: Democracia, División de Poderes y Rol del Poder Judicial a comienzos del Siglo XXI

Seminario: Cuestiones de Derecho y Procedimiento Administrativo

Seminario: Bases y Condiciones Generales para la Contratación de Bienes y Servicios

Seminario: Lógica Jurídica y Argumentación

Curso Introductorio y de Entrenamiento en Mediación

Seminario/Taller: Métodos de Resolución de Conflictos para la Actividad Jurisdiccional

Seminario: Asesoría General Tutelar y Fuero Contravencional y de Faltas

Seminario: Calidad de Servicios

Curso de Introducción a la Mediación Penal

Taller de Escritura

Seminario/Taller: El Conflicto como Proceso – Modos de Intervención Pacífica

Taller de Escritura para Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial

Seminario/Taller: Técnicas de Atención al Público

Curso Elemental Justicia de la Ciudad de Buenos Aires – Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

Curso de Capacitación en Evaluación de Personal

Seminario sobre Derecho Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (posgrado UBA)

Evaluación de Desempeño para Evaluados (Res. CM N° 504/05)

Seminario: Técnicas de Negociación para Entrevistas y Gestión de Audiencias

Seminario: Régimen de las Contrataciones Administrativas en el Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Programa de Formación para el Desarrollo de Prácticas de Liderazgo y Coaching

Teoría de la Decisión

Seminario: El Costo de vencer el Estado de Inocencia, y su vinculación con el Rol de los Fiscales en el Proceso Penal

Ciclo de Actualización para Oficiales Notificadores y de Justicia

Seminario/Taller Técnicas de Comunicación Telefónica

Curso de Capacitación para Oficiales Notificadores y de Justicia (Art. 8° Res. CM N° 504/05)

AÑO 2006

Taller de Escritura en Oficinas Judiciales (Ciclo 2006) I y II

Taller de Escritura para Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial

Taller de Escritura para empleados del Poder Judicial

Curso Básico Derecho y Procedimiento Administrativo. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Curso: El Proceso Contencioso Administrativo. Parte I Procedimiento en Primera Instancia

Curso: Introducción a la Bibliotecología Jurídica (reprogramación)

Ciclo de Conferencias: La Buena Fe en el Derecho

Seminario: Régimen de las contrataciones administrativas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller: Técnicas de atención al público

Curso: Garantías constitucionales en el proceso penal (Parte I)

Seminario/Taller: Nociones de argumentación jurídica

Seminario: Análisis económico del Derecho Penal

Seminario/Taller: Honorarios profesionales y cálculos liquidatorios

Curso: El Proceso Contencioso Administrativo. Parte II El procedimiento en la Cámara de Apelaciones

Seminario: Ética de las organizaciones gubernamentales

Curso: Garantías constitucionales en el proceso penal (Parte II)

Seminario: Análisis económico del Derecho

Seminario/Taller: Técnicas de despacho judicial

Curso de Capacitación para oficiales notificadores (Art. 8º, Ap. 3º, Reglamento Interno CMCABA - Res. CM N° 504/05)

Seminario Técnico de Análisis Legal y Jurisprudencial Portación de armas de fuego sin la debida autorización. El agravante del Art. 189 bis, inciso 2, último párrafo, introducido por Ley 25.886

Seminario: Reglamento de Trámite de Actuaciones Administrativas del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jornada sobre Derecho Ambiental

Conferencia Internacional sobre Derecho Ambiental La experiencia de los Tribunales Ambientales de Costa Rica

Seminario/Taller: Liderazgo Judicial

Seminario/Taller: El derecho penal y contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según el Tribunal Superior de Justicia

Seminario sobre Derecho Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires La Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución local (posgrado UBA)

Curso sobre Primeros auxilios (organizado junto con el Departamento de Relaciones Laborales)

Seminario Técnico de Análisis Legal y Jurisprudencial Ley 2095 - Compras y Contrataciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (dos ediciones)

Seminario Técnico de Análisis Legal y Jurisprudencial Nueva ley de Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

AÑO 2007

Taller de Escritura en Oficinas Judiciales (Ciclo 2007)

Taller de Escritura

Curso de Capacitación para Oficiales Notificadores (Art. 8º, Ap. 3º, Reglamento Interno

CMCABA –Res. CM N° 504/05)

Seminario Técnico de Análisis Legal y Jurisprudencial Ley 2095 –Compras y contrataciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario Técnico de Análisis Legal y Jurisprudencial Ley Nacional 20429 de Armas y Explosivos

Seminario: Ambiente y Salud

Seminario: Derechos Políticos y Derechos Electorales para la Ciudad

Seminario: Cuestiones fundamentales de la teoría del delito

Seminario/Taller: Jurisprudencia Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller: Aplicaciones Informáticas para la Gestión de Oficinas Judiciales

Seminario/Taller: Media Coaching

Seminario/Taller: Inteligencia Interpersonal

Seminario/Taller: Trabajo en Equipo

Mesa redonda: Transferencia de competencias penales a la Ciudad. Contenido, vigencia y problemáticas de aplicación

Programa de Capacitación para Atención al Público con Necesidades Especiales

Conferencia: El procedimiento penal en Guatemala (con INECIP)

Conferencia: Violencia y género la experiencia italiana (con Defensoría General de la Nación)

Jornada: Ciudad Autónoma de Buenos Aires Control de Gestión y Poder Judicial (con MAFUCABA)

Jornada: Discriminación y Holocausto (con MAFUCABA)

Jornada de capacitación sobre armas de fuego y material pirotécnico (con MAFUCABA)

Conferencia: Problemática de las Acciones de Clase (con TSJ – Justicia en Cambio – UBA)

Curso de actualización profesional Nuevas prácticas en la investigación y litigación penal

Seminario/Taller: Litigación en audiencias penales

Seminario: Innovaciones en la Gestión Judicial

Seminario/Taller: La resolución de conflictos y el nuevo rol del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller: Liderazgo ¿Cómo desarrollar relaciones interpersonales efectivas y ambientes de trabajo positivos?

Seminario/Taller: Manejo de casos

Seminario/Taller: Modelos de Oficina Judicial Penal

Seminario/Taller: Programación Neurolingüística. Técnicas para lograr una comunicación

eficaz

Seminario/Taller: El expediente judicial-administrativo

Seminario/Taller: Informática I

Seminario: Cuestiones fundamentales de la teoría del delito

Seminario/Taller: Análisis de los Delitos Transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller: El procedimiento contravencional

Curso de Actualización profesional Litigación en Juicio (I y II edición)

Programa de formación para el desarrollo de prácticas de liderazgo y coaching

Seminario: Nociones de argumentación jurídica

Seminario: Derecho y Procedimiento medio

Seminario: El Nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Conferencia: La ecotributación

Conferencia: Competencias Municipales. Técnicas de Cooperación Municipal y de Gestión de Servicios Públicos Locales

Charla Debate: El Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Ley 2451 Las Responsabilidades del juez

Seminario/Taller: Investigación de la escena del crimen

Seminario: Lineamientos del Código Procesal Penal. Introducción a la lógica adversarial

Programa de capacitación en herramientas de organización y métodos

Conferencia sobre los sistemas de revisión y control de los actos tributarios (administrativos y legislativos) en el ordenamiento jurídico de México

Conferencia: El amparo, en general y en materia tributaria, en el ordenamiento jurídico de México

Taller: Prevención de riesgos de trabajo. Nociones básicas de Prevención de Incendios y de Evacuación (con MAPFRE)

Cursos Generales (Res. CSEL N° 175/07)

Derecho y Procedimiento Medio (CAyT); Informática I, Trabajo en equipo, Atención Telefónica

Charla Debate: Ley Cafiero Poder Judicial (coorganizada con el Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA)

Jornada: Derechos de la Niñez y Juventud en la Ciudad (coorganizada con el Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA)

Iº Jornada de Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (coorganizado con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad -MAFUCABA-)

AÑO 2008

Conferencia: El cambio climático como desafío global

Curso de Actualización Profesional en Litigación Inicial

Curso Intensivo de verano: Análisis de los Delitos Transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Curso Intensivo de verano: Derecho Procesal Penal. Código de Procedimiento Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Su aplicación en el procedimiento contravencional

Curso: Accidentología (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Análisis Ley 24051. Contaminación (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Balística convencional (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Balística no convencional (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Cadena de custodia sobre la evidencia (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Criminalidad informática (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Dactiloscopia (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: El Derecho Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fundamentos constitucionales y jurisprudencia

Curso: Entrevista del menor víctima o testigo bajo el régimen procesal penal juvenil de la C.A.B.A.

Curso: Levantamiento de rastros dactiloscópicos (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Medicina Legal (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Módulo de Investigación Criminal (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Técnicas de muestreo de aguas (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Tecnología aplicada en Imagen y Sonido (para Oficina de Investigación Judicial)

Curso: Temas de mantenimiento y elementos de protección personal

Curso: Transferencia de delitos a la Ciudad de Buenos Aires

Jornada Homenaje a dos grandes magistrados por su defensa del ambiente

Jornada internacional sobre Derecho Ambiental

Jornada Internacional sobre Proceso y Constitución

Jornada Internacional y Comparada sobre Derecho Contencioso y Administrativo

Jornada: Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jornada: El sistema acusatorio experiencias en derecho comparado (Chile y Guatemala)

Jornada: La mayoría de edad. Debate teórico, normativo y reforma legal

Jornada: Procedimientos, garantías y penas en el sistema de responsabilidad penal juvenil

Mesa redonda: Desafíos de la Defensa en el proceso penal adversarial

Programa: Modulo I. Capacitación de agentes que puedan actuar como reproductores de sensibilización en el trabajo con personas con discapacidad - Modulo II. Capacitación para posibles agentes de sensibilización en el trabajo con personas con discapacidad

Seminario de Posgrado Sobre Derecho Público De La Ciudad Autónoma De Buenos Aires (III Edición)

Seminario Técnico de Análisis Legal y Jurisprudencial: Derecho de consumidores y usuarios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller Resolución Alternativa de Conflictos. Módulo I Conflicto. Comunicación. Negociación

Seminario/Taller sobre Ley de Amparo

Seminario/Taller: Guía de elaboración del manual de litigación compleja

Seminario/Taller: La relación del Poder Judicial y los medios masivos y el periodismo. Áreas problemáticas, propuestas de análisis y posibles soluciones

Seminario/Taller: Litigación Oral para un nuevo Proceso Penal

Seminario/Taller: Agenda Microsoft Outlook (in company)

Seminario/Taller: Aplicación de bases de datos (in company)

Seminario/Taller: Condición jurídica de la Infancia en la Ciudad de Buenos Aires

Seminario/Taller: El expediente Judicial-Administrativo

Seminario/Taller: El Procedimiento Contravencional (Módulo II)

Seminario/Taller: Estilos de Liderazgo organizacional. Manejo de la comunicación y la tolerancia en el desempeño cotidiano

Seminario/Taller: Excel aplicado (in company)

Seminario/Taller: Guía de elaboración del manual sobre el manejo de casos

Seminario/Taller: Informática Forense

Seminario/Taller: Introducción a Excel (in company)

Seminario/Taller: Introducción al ACCES (in company)

Seminario/Taller: Jurisprudencia Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Módulo I, II y III

Seminario/Taller: Mediación Penal. Manejo de conflictos complejos con herramientas de la Mediación (1ª y 2ª edición)

Seminario/Taller: Mediación y violencia familiar

Seminario/Taller: Nociones básicas sobre Derecho Penal, Contravencional y Faltas y

transferencia de competencias

Seminario/Taller: Resolución alternativa de disputas y sistema penal

Seminario/Taller: Seguridad informática y backup de la información (in company)

Seminario/Taller: Uso y optimización de Internet (in company)

Seminario: Ley 2095. Compras y contrataciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario: Análisis de los Delitos transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario: Autopsia psicológica II

Seminario: Derecho y principios de ejecución penal (1º y 2º edición)

Seminario: Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario: El Derecho y la psicología del testimonio (para oficina de asistencia a la víctima y al testigo)

Seminario: Las responsabilidades del Juez

Seminario: Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064. Aspectos Técnicos

Seminario: Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en la Ciudad de Buenos Aires

Seminario: Nociones elementales de derecho y procedimiento administrativo (en convenio con la AGC)

Seminario: Oratoria. Técnicas de expresión

Seminario: Perfiles criminales (en convenio con UCES)

Seminario: Responsabilidad del Estado

Seminario: Salud mental y perspectiva jurídica en la Ciudad de Buenos Aires

Seminario: Violencia familiar. Delitos y Contravenciones. Como generar intervenciones útiles dentro del proceso penal y contravencional en la mediación previa

Taller Debate: Estado actual y perspectivas de la mediación en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Taller/Debate: Estado actual y perspectivas de la mediación en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Taller: Metrología, alcoholímetros y cinemómetros

Talleres de capacitación en el sistema Juscaba

Cursos Generales (Res. CSEL N° 175/07)

Seminario básico: Introducción a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Nuevos Juzgados)

Seminario básico: Introducción a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Seminario/Taller: Informática I
Seminario/Taller: Técnicas de atención al público
Seminario/Taller: Trabajo en Equipo
Seminario: Argumentación Jurídica
Seminario: Derecho y Procedimiento Medio (Aula CMCABA)
Seminario: Derecho y Procedimiento Medio (Aula CyF)
Seminario: Derecho y Procedimiento Medio (Aula CyF)
Seminario: Derecho y Procedimiento Superior (Aula CAyT)
Seminario: Derecho y Procedimiento Superior (Aula CyF)
Seminario: Ética de las Organizaciones Gubernamentales
Seminario: Ética Judicial
Seminario: Gestión eficiente de los procesos judiciales-administrativos
Seminario: Liderazgo
Seminario: Nociones de Derechos Humanos I
Seminario: Nociones de Derechos Humanos II
Seminario: Técnicas de Atención al público (Nuevos Juzgados)
Seminario: Técnicas de atención telefónica
Seminario: Técnicas de atención telefónica (para la Oficina Receptora de denuncias)
Seminario: Técnicas de negociación para entrevistas y gestión de audiencias
Taller de Escritura I
Taller de Escritura I (Nuevos Juzgados)
Taller de Escritura III
Taller de Informática II: Iurix (Nuevos Juzgados)

AÑO 2009

Cursos Res. CSEL 175/07 (Aprobados por Res. CACFJ N° 02/09)
Seminario Básico "Introducción a la Justicia" Para el Consejo de la Magistratura
Seminario Básico "Introducción a la Justicia" Para el Fuero PCyF
Seminario Básico "Introducción a la Justicia" Para el Fuero CAyT
Nociones de Derechos Humanos I
Taller de escritura I
Técnicas de Atención al público

Informática I

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Consejo de la Magistratura/AGC

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero PCyF

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero CAyT

Nociones de Derechos Humanos II

Taller de Escritura II –Técnicas de Despacho

Técnicas de Negociación para Entrevistas y Gestión de Audiencias

Informática II MPF

Informática II MPDyTutelar

Informática II IURIX – Para el Fuero CAyT

Informática II GESCABA

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Consejo de la Magistratura

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero PCyF

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero CAyT

Argumentación Jurídica

Ética Judicial

Taller de Escritura III

Trabajo en equipo

Técnicas de atención telefónica

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Consejo de la Magistratura

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Fuero PCyF

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Fuero CAyT

Nociones de Análisis Económico del Derecho Para el Consejo de la Magistratura y el Fuero CAyT

Nociones de Análisis Económico del Derecho Para el Fuero PCyF

Ética de las organizaciones Gubernamentales

Gestión eficiente de los Procesos Judiciales / Administrativos

Liderazgo

Seminario de Capacitación para Oficiales Notificadores

Seminario de Actualización para Oficiales Notificadores

Seminario de Capacitación para Oficiales de Justicia

Seminario de Actualización para Oficiales de Justicia

Cursos Generales

Balística forense (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo XV)

Charla abierta con el Prof. Alejandro Nieto (Disp. SE-CFJ CMCABA N° 015/09 Anexo II)

Conferencia el rol del juez y la actividad probatoria en el sistema penal acusatorio (Res. CACFJ N° 043/09 Anexo I)

Derecho al silencio y racionalidad política. Una aproximación histórico-filosófica al proceso penal desde una perspectiva comparatista (Res. CACFJ N° 003/2009 Anexo I)

Derecho Práctico Procesal Judicial. (Disp. SE-CFJ CMCABA N° 006/2009)

Desayuno de trabajo con la Dra. Teresa Armenta Deu y Jueces del Fuero Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Derecho y la Psicología del testimonio Módulo I (Res. CACFJ N° 28/09 Anexo VI)

Estilos de liderazgo organizacional. Manejo de la comunicación y la tolerancia en el desempeño cotidiano (Res. CACFJ N° 017/09 Anexo IV)

Estimaciones matemáticas y planificación de la gestión judicial

Guía de elaboración del manual del manejo de casos (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo VIII)

Hacia un nuevo derecho administrativo sancionador (Disp. SE- CFJ CMCABA N° 015/09 Anexo I)

Infancia y Adolescencia: Régimen Jurídico y Estándares de Garantía (Disp. SE-CFJ CMCABA N° 016/2009)

Infancia y adolescencia: Régimen jurídico y estándares de garantía. 2ª edición (Res. CACFJ N° 035/09 Anexo I)

Infancia y adolescencia: Régimen jurídico y estándares de garantía - Tercera edición

Introducción al régimen de faltas y su procedimiento - Módulo I (Res. CACFJ N° 006/09)

Introducción al régimen de faltas y su procedimiento - Módulo II (Res. CACFJ N° 006/09)

Introducción al régimen de faltas y su procedimiento - Módulo III (Res. CACFJ N° 006/09)

Investigación de la escena del crimen (Res. CACFJ N° 006/09)

Investigación preparatoria penal y contravencional (Res. CACFJ N° 006/09)

Jornada compartiendo experiencias en el fomento de la justicia ambiental (Res. CACFJ N° 025/09)

Jornada conmemorativa del Día Internacional del Ambiente Humano (Res. CACFJ N° 025/09 Anexo I)

Jornada derecho ambiental comparado (homenaje al Prof. Paulo Affonso Leme Machado)

Jornada hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (Res. CACFJ N° 028/09 Anexo II)

Jornada Internacional de Derecho Ambiental

Jornada principios y sistemas procesales penales

Jornada salud mental, el derecho y la justicia (Res. CACFJ N° 043/09 Anexo VI)

Jornada: Estado de Necesidad (Res. CACFJ N° 018/09 Anexo IV)

La Procuración Penitenciaria Nacional: Herramientas teórico-prácticas para entender la realidad carcelaria. (Res. CACFJ N° 043/09 Anexo IV)

Legislación ambiental de la Ciudad de Buenos Aires. Herramientas para la participación ciudadana en la gestión ambiental (Res. CACFJ N° 018/09)

Litigación oral para un nuevo proceso penal (Res. CACFJ N° 028/09 Anexo III)

Los delitos, contravenciones y faltas ambientales (Res. CACFJ N° 017/09)

Los derechos, económicos, sociales y culturales (Res. CACFJ N° 028/09 Anexo I)

Los recursos extraordinarios en la jurisdicción local (Res. CACFJ N° 018/09 Anexo I)

Los retos del proceso penal del siglo XXI (Res. CACFJ N° 49/2008 Anexo I)

Mediación y violencia familiar (Res. CACFJ N° 020/08 Anexo XVI)

Metodología de gestión de proyectos – Módulo I (Res. CACFJ N° 006/09)

Metodología de la gestión de proyectos Módulo II (Res. CACFJ N° 006/09)

Oratoria forense (Res. CACFJ N° 043/09)

Oratoria– Técnicas de expresión (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo XVI)

Parábolas del arbitrio judicial (Disp. SE-CFJ CMCABA N° 015/09 Anexo I)

Planificación estratégica en el sector público (Res. CACFJ N° 017/09 Anexo V)

Prevención de riesgos de trabajo. Nociones básicas de accidentes de trabajo y medidas preventivas

Primeras jornadas de Actualización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Procedimiento administrativo y proceso contencioso en la CABA. Módulo I (Res. CACFJ N° 006/09)

Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso en la CABA. Módulo II (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo II)

Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso en la CABA. Módulo III (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo II)

Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso en la CABA. Módulo IV (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo II)

Procesos Especiales: Ejecuciones Fiscales (Res. CACFJ N° 28/09)

Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas excel avanzado (Res. CACFJ N° 005/09 Anexo I)

Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas. Creación de

aplicaciones de base de datos (Res. CACFJ N° 005/09)

Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas. Aplicaciones multimediales para el uso laboral (Res. CACFJ N° 005/09)

Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas. Desarrollo de sitios web (Res. CACFJ N° 005/09)

Programa de sensibilización sobre discriminación: "Tod@s somos diferentes" Jornada nuevos paradigmas de la igualdad (Res. CACFJ N° 006/09)

Programación neurolingüística: "Técnicas para lograr una comunicación eficaz" (Res. CACFJ N° 017/09 Anexo II)

Régimen procesal penal, contravencional y de faltas de la CABA (Res. CACFJ N° 006/09)

Resolución Alternativa de Conflictos I: Conflicto. Comunicación. Negociación (Res. CACFJ N° 020/2008 Anexo XIII)

Resolución Alternativa de Disputas y sistema penal (Res. CACFJ N° 020/08 Anexo XV)

Responsabilidad del Estado (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo IX)

Responsabilidad médica y derecho a la salud. Módulo I (Res. CACFJ N° 028/09 Anexo V)

Un acercamiento entre las matemáticas y la gestión judicial (Res. CACFJ N° 006/09 Anexo XIII)

Cursos modalidad en la oficina

Atención telefónica para el personal de Ministerio Público Fiscal (Res. CACFJ N° 020/09)

Dactiloscopia aplicada, Módulo I, II y III para agentes de la Oficina Central de Identificaciones del Ministerio Público Fiscal de la CABA

Grupo de Trabajo y Estudio. Diseño Reflexivo en la Mediación (Res. CACFJ N° 029/09 Anexo II)

Informática II – JUSCABA para agentes de la Unidad Fiscal Norte

Introducción a la justicia para el personal de Ministerio Público Fiscal (Res. CACFJ N° 020/09)

Liderazgo: "Cómo desarrollar relaciones interpersonales efectivas y ambientes de trabajo positivos" para Magistrados, Secretarios y Prosecretarios de los Juzgados de Primera Instancia en lo CAyT Nro 13, 14 y 15 (Res. CACFJ N° 007/09 Anexo II)

Metodología de Gestión de Proyectos I para el personal de la Dirección de Informática y Tecnología del CM (Res. CACFJ N° 030/09 Anexo II)

Metodología de Gestión de Proyectos II para el personal de la Dirección de Informática y Tecnología del CM (Res. CACFJ N° 030/09 Anexo II)

Programa de aplicación estadística -SPSS- para agentes de la Oficina Central de Identificaciones del Ministerio Público Fiscal de la CABA

Seminario/Taller: "El manejo de la intervención en el marco de la Cámara Gesell" para el personal de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo

Seminario/Taller: "La entrevista en Cámara Gesell del niño y/o adolescente víctima o testigo, efectividad del acto y no revictimización" para el personal de la Unidad Fiscal Sudeste

Taller de Escritura I para agentes de todas las dependencias de la Fiscalía General: Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica, Secretaría General de Coordinación y Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos (Res. CACFJ N° 020/09 Anexo I)

Taller Interno Permanente para el Cuerpo de Mediadores de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos "Práctica y rol profesional" 1° parte

Taller Interno Permanente para el Cuerpo de Mediadores de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos "Práctica y rol profesional" 2° parte

Taller: "Adobe reader – los archivos PDF" para agentes del Ministerio Público Fiscal.

Trabajo en equipo para el personal de la Biblioteca del Consejo de la Magistratura (Res. CACFJ N° 007/09 Anexo I)

Trabajo en equipo para el personal de la Fiscalía de Cámara en lo PCyF N° 2 (Res. CACFJ N° 007/09 Anexo I)

Trabajo en equipo para el personal de la Fiscalía de Primera Instancia en lo PCyF N° 3 (Res. CACFJ N° 007/09 Anexo I)

Trabajo en equipo para el personal de la Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos (Res. CACFJ N° 019/09 Anexo I)

Trabajo en equipo para el personal de la Unidad Fiscal (Fiscales PCyF y la Fiscalía de Cámara PCyF) (Res. CACFJ N° 030/09 Anexo I)

Trabajo en equipo para el personal del Juzgado de Primera Instancia Penal y CyF Nro. 25 (Res. CACFJ N° 007/09 Anexo I)

Trabajo en equipo para empleados del Juzgado de Primera Instancia PCyF Nro. 21

Trabajo en equipo para la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 6. (Res. CACFJ N° 019/09 Anexo I)

AÑO 2010

Cursos Res. CSEL 175/07 (Aprobados por Res. CACFJ N° 001/10)

Informática I

Ética Judicial

Taller de Escritura I

Trabajo en Equipo

Nociones de Análisis Económico del Derecho Para el CM y el Fuero CAyT

Liderazgo

Introducción a la Justicia Para el CM

Informática II: IURIX

Informática II: Juscaba

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el CM

Nociones Derechos Humanos I

Taller De Escritura II - Técnicas De Despacho Para el Fuero PCyF

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero CAyT

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero CAyT

Introducción a la Justicia Para el Fuero PCyF

Técnicas de Negociación para Entrevistas y Gestión de Audiencias

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero PCyF

Técnicas de Atención al Público

Taller De Escritura II - Técnicas De Despacho Para el CM y el Fuero CAyT

Informática II: Gescaba

Seminario Derecho y Procedimiento Superior (Responsabilidad Del Estado) Para el Fuero CAyT

Técnicas de Atención al Público

Técnicas de Atención Telefónica

Taller De Escritura III

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el CM/AGC

Gestión Eficiente de Procesos Judiciales y Administrativos

Introducción a la Justicia Para el Fuero PCyF

Taller de Escritura III

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Fuero PCyF

Nociones De Derechos Humanos II

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero PCyF

Ética de las Organizaciones Gubernamentales

Informática I

Análisis Económico del Derecho Para el Fuero PCyF

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el CM/ AGC

Técnicas de Atención Telefónica

Técnicas de Atención al Público

Nociones De Derechos Humanos I

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero CAyT

Técnicas de Negociación para Entrevistas y Gestión de Audiencias

Liderazgo

Introducción a la Justicia Para el CM/AGC

Argumentación Jurídica

Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Fuero PCyF

Trabajo en Equipo

Etica Judicial

Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero CAyT

Taller de Escritura I

Nociones de Análisis Económico del Derecho Para el CM y el Fuero CAyT

Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el CM

Seminario de Actualización para Oficiales Notificadores

Cursos Generales

Seminario Intensivo: "Bioética y Derechos Humanos" (Res. CACFJ N° 040/09)

Medios de Prensa y Salud: Impacto de la Información en la Relación Médico-Paciente (Disp. SE-CFJ N° 020/10)

Jornada de Debate: "Nueva Ley de los Derechos del Paciente"

Conflictos Bioéticos en el Derecho Francés y Europeo

Programa Permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas
Módulo II "Planilla de Cálculos - Nivel Básico" (Res. CACFJ N° 002/10)

Acción de Amparo (Res. CACFJ N° 011/10)

Capacitación en Lenguaje de Señas, tres ediciones (Disp. SE-CFJ N° 038/10)

Mediación Penal. Experiencias de Implementación en provincias argentinas (Disp. SE-CFJ N° 043/10)

Programa Permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas
Módulo III "Hoja de cálculo avanzado" (Res. CACFJ N° 002/10)

La Prueba del Proceso Penal en el contexto actual (Res. CACFJ N° 011/10)

Introducción a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas (Res. CACFJ N° 012/10)

Acceso a la Justicia y Gestión de las Oficinas Fiscales en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas (Res. CACFJ N° 012/10)

Nociones Básicas sobre el Derecho Contencioso, Administrativo y Tributario (Res. CACFJ N° 012/10)

Programa Permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas
Módulo IV "Creación de Aplicaciones de Base de Datos en el ámbito judicial" (Res. CACFJ

N° 002/10)

Nuevos tratamientos en Neurociencia. Investigaciones Relacionadas

Ejecución de sentencias (Res. CACFJ N° 011/10)

La aplicación de los estándares internacionales en materia de Derechos Sociales en el Derecho Interno (Res. CACFJ N° 013/10)

Seminario Discapacidad y Derechos

Limites Constitucionales a la intervención penal

Jornada Internacional sobre Derecho y Medio Ambiente

Jornada Internacional sobre Recursos Naturales y Medio Ambiente

Recurso de Inconstitucionalidad y Recurso Extraordinario Federal (Aspectos Teórico-Prácticos)

Litigación y Nuevos Paradigmas en el Proceso Penal

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Res. CACFJ N° 013/10)

Capacitación y Actualización en peritación psicológica (Res. CACFJ N° 027/10)

El Derecho Tributario de la ciudad, fundamentos constitucionales y jurisprudenciales (Res. CACFJ N° 011/10)

La Obra Pública en la ciudad de Buenos Aires (Res. CACFJ N° 011/10)

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas
Módulo II: "Planilla de Cálculos -Nivel Básico-"

2das Jornadas de Actualización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Res. CACFJ N° 035/10)

Jornada de Trabajo en Talleres para una Justicia con perspectiva de género

Programa permanente sobre Investigación Forense en Criminalística, Anexo I Investigación de la escena del crimen (Res. CACFJ N° 003/10)

Primeras Jornadas sobre Investigación en Delitos Informáticos

Oralidad en las etapas previas al juicio (Res. CACFJ N° 012/10)

Delitos transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Res. CACFJ N° 012/10)

Diseño organizacional y gestión en el Ministerio Público Fiscal (Res. CACFJ N° 012/10)

Técnicas de Investigación (Res. CACFJ N° 012/10)

Ateneo de Casos e Investigación Preparatoria (Res. CACFJ N° 012/10)

El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Análisis y aplicación (Res. CACFJ N° 012/10)

La víctima en el Proceso Penal (Res. CACFJ N° 012/10)

Estrategia de Investigación: Cuerpo de Investigaciones Judiciales (Res. CACFJ N° 012/10)

Cursos modalidad en la oficina (aprobados por Res. CACFJ N°004/10)

Taller Interno Permanente de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Práctica y Rol Profesional, "La Justicia en la Ciudad de Bs. As. para Funcionarios y Empleados de la Secretaría de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Juscaba I y II para el Ministerio Público de la Defensa

Taller de Escritura I para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 10

Trabajo en Equipo para la Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°2

Taller de Escritura I para el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 20

Trabajo en Equipo para la Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

Taller de Escritura III para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 14

Taller de Escritura I para la Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas Módulos II (Planilla de Cálculos – Nivel Básico) y V (Aplicaciones Multimediales para el uso laboral) para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional, Penal y de Faltas N° 6

Trabajo en Equipo para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7

Infancia y Adolescencia: Régimen Jurídico y Estándares de Garantía para el personal del Centro de Identificación y Espera de niños, niñas y adolescentes

Taller interno permanente para peritos psicólogos del Servicio de Medicina Legal

Taller de Escritura I para la Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°2

Dactiloscopia Aplicada Módulo I para la Oficina Central de Identificación

Capacitación para Empleados y Funcionarios de Secretaría General de la Cámara del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario y del Consejo de la Magistratura

Taller de Liderazgo para la Presidencia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Trabajo en Equipo para la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

Taller de Liderazgo para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14

Dactiloscopia Aplicada Módulo II para la Oficina Central de Identificación

Trabajo en Equipo para el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 22

Capacitación para Oficiales de Justicia "Ad Hoc" del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Atención al Público para la Asesoría Tutelar en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2

Curso Introductorio de Project Management para la Dirección General de Infraestructura y Obras

Trabajo en Equipo para la Secretaría Judicial de Coordinación y Seguimiento de Ejecución de Sanciones

Dactiloscopia Aplicada Módulo III para la Oficina Central de Identificación

Curso de Primeros Auxilios con elementos y herramientas adaptadas

Trabajo en Equipo para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 9

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas, Módulo III: Planilla de Cálculo para la Unidad de Tramitación Común, dos ediciones

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas, Módulo III: Planilla de Cálculo para la Unidad de Intervención Temprana, dos ediciones

Trabajo en Equipo para el Centro de Formación Judicial

Programa Permanente sobre Investigación Forense en Criminalística, Módulo IV: Cotejo Dactiloscópico, para la Oficina Central de Identificaciones

Taller de Escritura I para la Unidad de Auditoría Interna del Ministerio Público de la Defensa

Taller de Escritura I para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N° 9

Programa Permanente sobre Investigación Forense en Criminalística, Módulo V: Archivo Dactiloscópico, para la Oficina Central de Identificaciones

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas, Módulo V: "Aplicaciones multimediales para el uso laboral" para la Secretaría General del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas, Módulo III: Planilla de Cálculo para la Secretaría de Gestión Tributaria

Taller de Escritura I, para el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7

Trabajo en Equipo para el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4

Capacitación en Lengua de Señas para el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 6

Programa Permanente sobre Investigación Forense en Criminalística Módulo VI: "Toma de Impresiones Digitales" para la Oficina Central de Identificación dependiente del Ministerio Público Fiscal

Taller de Escritura I para el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 4

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas, Módulo IV: "Creación de Base de Datos en el ámbito judicial" para el Departamento de Mantenimiento

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas, Módulo II: "Planilla de cálculos -Nivel básico-" para el Departamento de Mantenimiento

Taller de Escritura I para el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 31

Programa permanente de Actualización y Profundización de Herramientas Informáticas Módulo III: "Hoja de cálculo avanzado" para la Secretaría de Gestión Tributaria.

