

EL DERECHO

JURISPRUDENCIA GENERAL



TOMO

248

BUENOS AIRES

2012

Profecías o sorpresas: derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁽¹⁾

por ESTELA B. SACRISTÁN⁽²⁾

Sumario: I. PLANTEO. – II. EL CONSTITUYENTE PORTEÑO ANTE LOS DERECHOS HUMANOS. – III. ASPECTOS TEXTUALES. – IV. DERECHOS HUMANOS ASISTIDOS POR LA CLÁUSULA DE OPERATIVIDAD. – V. CONCLUSIONES.

I Planteo

En un estudio ciertamente célebre, llamado *La senda del derecho* –artículo que vio la luz en la *Harvard Law Review* en 1897 y que fuera luego publicado como libro–, un juez de la Corte Suprema estadounidense, HOLMES, afirmaba que el derecho es el conjunto de profecías acerca de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Régimen de costas y gratuidad del amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por ROBERTO ANDRÉS GALLARDO, ED, 174-1041; *Reseña histórico-constitucional de la Ciudad de Buenos Aires*, por GUILLERMO CARLOS SCHINELLI, EDCO, 2007-278; *Convenios de transferencia de competencias penales. Cuando la autonomía va más allá de los delitos transferidos*, por NICOLÁS DANIEL RAMÍREZ, ED, 229-628; *El conflicto entre la Nación y la Ciudad por la regulación y control del juego en la Capital Federal*, por FRANCISCO FUNES, ED, 242-829; *Transferencia de competencias para investigar y juzgar delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 26.702)*, por MARCO A. RUFINO, EDLA, 2011-B-1129; *El principio de imparcialidad en el sistema contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por ALEJANDRO FOSTER, ED, 244-811. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) El presente trabajo se basa en la exposición efectuada en las I Jornadas de Derecho Constitucional del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Cámara Federal de Estudios de Derecho Público, Instituto Superior de la Carrera, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el 29-11-11.

(2) Profesora adjunta de Derecho Administrativo (UCA) y profesora visitante (Universidad Austral).

lo que harán los jueces o tribunales: “Por derecho quiero significar nada más que las profecías acerca de lo que los tribunales, de hecho, harán”⁽³⁾.

Podremos coincidir en que lo que harán los jueces o tribunales dependerá de muchos factores. Entre estos factores, brillarán las nociones de competencia, facultad y deber como presupuestos del ejercicio de la función de dirimir conflictos con fuerza de verdad legal. Organizada en la Constitución o norma fundamental escrita o por vía de costumbre donde no haya Constitución única escrita, la respectiva competencia –existencia de jueces y tribunales mediante– asegurará que haya control judicial, y la existencia de control judicial, a su vez, asegurará derechos y concretará garantías.

Trasplantando esta estructura al escenario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podríamos reparar en el rol institucional de los jueces porteños como facilitadores de esa doble tarea: asegurar derechos y concretar garantías. En ese doble papel, desde el punto de vista formal, estarían asistidos por la especial textura o forma de redacción de las respectivas cláusulas constitucionales locales. Y desde el punto de vista sustancial, por esa formidable y todoabarcativa manda de operatividad consagrada en el art. 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CCABA). A estos dos aspectos me referiré en los párrafos que siguen, específicamente en las secciones III y IV, *infra*. Ello, a fin de indagar en la cuestión de si en la Ciudad Autónoma, en el plano de lo formal

(3) HOLMES, OLIVER W., *The Path of the Law*, publicada en su *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, págs. 167/202, esp. pág. 173.

(textura) y de lo sustancial (operatividad), se aseguran los derechos y se concretan garantías, generándose una suerte de profecía en el sentido que apuntaba aquel jurista estadounidense, esto es, como resultado más o menos previsible; o si, por el contrario, toda esa arquitectura formal y sustancial deja espacio para lo inesperado, para las sorpresas. Por ello, luego de unas conceptualizaciones necesarias (sección II), me adentraré en aquellos dos aspectos (secciones III y IV), para arribar a las conclusiones pertinentes (sección V).

II El constituyente porteño ante los derechos humanos

¿Podemos hablar, en el ámbito porteño, de derechos, sin calificativo o adjetivación alguna? Repasemos el Preámbulo, el articulado y las interpretaciones doctrinarias:

Preámbulo. Según el Preámbulo de la Constitución porteña, la convención constituyente se reúne, entre otros fines, para “promover el desarrollo humano en una democracia fundada en los derechos humanos”. Ello equivale a dejar consagrados, desde antes del inicio del articulado, esa clase de derechos, dejándolos fuera de toda discusión y asegurando su imperio, y presupone, como es claro, reconocer y admitir, *a priori*, la existencia de derechos específicamente “humanos”. Ello, en cuanto a la lectura del Preámbulo.

Articulado. Ya en el articulado de la norma fundamental porteña, los derechos humanos aparecen en dos ocasiones: en el art. 24⁽⁴⁾, que regula los denominados “programas de derechos humanos y educación sexual”, y en el art. 37⁽⁵⁾, en el que se alude a los derechos humanos “básicos”, especie que incluiría, a tenor de la letra de la norma, además de los derechos humanos *latu sensu*, los derechos reproductivos y los derechos sexuales. Tales las variadas preocupaciones del constituyente, plasmadas en la norma máxima, acerca de las cuales se expidiera la doctrina.

(4) Según el art. 24, la Ciudad “incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual”.

(5) Art. 37: “Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”.

Visión de la doctrina. En cuanto a la activa doctrina que influyera en la autonomización de los municipios en general, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en particular, cabe recordar las opiniones de RUSSO y de GIL DOMÍNGUEZ, crítica la primera y realista la segunda, a mi parecer.

El primero se preguntaba si los derechos humanos eran diferentes de los derechos, y bregaba por un sistema de derechos humanos como sistema abierto, esto es, abierto a un entorno de realidad social, comprensiva de lo que identificaba como “luchas, demandas y reivindicaciones”⁽⁶⁾. De este modo, el citado autor se acercaba a las revoluciones basadas ya no en los derechos “humanos” de la tradición escolástica, suma del desarrollo aristotélico-tomista, sino a las revoluciones de los derechos “del hombre”, propios del triunfo del laicismo y de la nuda razón, como ocurriera en 1789⁽⁷⁾.

Más recientemente, el segundo autor citado –con sentido de la realidad circundante, estimo– se explayaba sobre los derechos humanos de los habitantes de Buenos Aires, derechos ayudados o asistidos por cláusulas de operatividad e intangibilidad y por herramientas tuitivas y protectoras, como ser el debido proceso, el hábeas data y el hábeas corpus, la acción de amparo, etcétera. De tal modo, parece distinguir en el género de derechos, a los derechos humanos, por un lado, y su puesta en condiciones de efectividad, por el otro. El derecho debido por la ley, de tal modo, no se limita a la sustancialidad sino que abarca, también, el plano formal o procesal.

Un doble aseguramiento. Más allá de estas apreciaciones, y sin adentrarme en la cuestión de la confrontación o de la realidad, advierto que en la escena porteña aparecen, con el movimiento constitucionalizador que se iniciara con la refor-

(6) RUSSO, EDUARDO Á. (MAS, ANALÍA H., colab. y superv.), *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, 2ª ed. corr. y aum., Eudeba, 2008, pág. 76: “Por nuestra parte, y siempre desde un plano teórico, sostenemos que el sistema de derechos humanos es un sistema abierto a un entorno de ‘realidad social’ (luchas, demandas, reivindicaciones, etc.)”.

(7) Recordaremos que fue precisamente en la Declaración de 1789, art. 16, que se intentó reducir la noción de “constitución” a la sumatoria de los nudos componentes “derechos”, sus “garantías” y “separación de poderes”, haciéndose caso omiso de tantos otros componentes humanos ínsitos en una Constitución.

Veamos cómo han encarado ese problema dos constituciones extranjeras, que parecerían haber sido muy conocidas por el constituyente porteño a tenor de la letra, ya que presentan semejanzas con la redacción del art. 10 de la CCABA. Me refiero a las cartas fundamentales paraguaya y alemana que enseguida reseño:

La experiencia comparada. Por un lado, la Constitución paraguaya de 1992 asegura todos los derechos y garantías mediante una sana cláusula omnicompreensiva que impide la programaticidad: "La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía"⁽¹⁹⁾.

En la experiencia constitucional alemana, la antigua carta de Weimar de 1919 ofrecía, además de un nutrido universo de derechos, la posibilidad casi irrestricta de limitación de los mismos mediante la legislación, con lo cual devenían meras concesiones legales voluntarias del Estado⁽²⁰⁾, dando como resultado derechos fundamentales literalmente "vacíos"⁽²¹⁾. Ello fue superado en la Ley Fundamental alemana de 1949: "Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, con el Poder Ejecutivo y con los Tribunales a título de derecho directamente aplicable"⁽²²⁾; también traducido como: "Los siguientes derechos fundamentales obligan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho pleno y preexistente"⁽²³⁾.

Más allá de las diferencias de traducción, se desprende de la transcripción la construcción de una jerarquía interna alrededor de los derechos fundamentales, que brinda: (i) derechos inmodificables, por imperio de los arts. 1º⁽²⁴⁾ y

20⁽²⁵⁾; (ii) restantes de rango constitucional ordinario y derechos reglamentables, entre los que se incluiría al derecho de propiedad. Así, se restringe, en forma directa, al Estado y sus órganos⁽²⁶⁾; esta sujeción abarca a todos los poderes públicos, incluso el Legislativo, pues todos ellos se hallan vinculados por la Constitución⁽²⁷⁾; y, en el específico plano de la rama judicial, se supera la molesta directriz de la antigua constitución de Weimar, que permitía que hubiera derechos no exigibles judicialmente⁽²⁸⁾ pues la Constitución de 1949 crea derechos exigibles en sede judicial. Más importante aún, al aludirse a derechos "inviolables e inalienables"⁽²⁹⁾, los que resultan ser operativos son los derechos dotados de existencia preconstitucional. En pocas palabras, el destinatario de los derechos fundamentales es sujeto obligado por los mismos es el Estado, que se encuentra obligado o vinculado por ellos dado su carácter de normas de derecho necesario de aplicación directa⁽³⁰⁾. Así, el Estado queda siempre vinculado por los derechos fundamentales⁽³¹⁾: estos son derechos directamente vinculantes o plenamente operativos.

La práctica judicial argentina. La historia de la operatividad de los derechos en la Argentina es más reciente. Ese recorrido puede ser apreciado desde la jurisprudencia de la Corte Suprema

por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

(25) Se transcribe la versión citada en n. 22: art. 20: (...) (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho.

(26) FRECKMANN, ANKE - WEGERIC, THOMAS, *The German Legal System*, London, Sweet & Maxwell, 1999, pág. 86.

(27) Cfr. arts. 20.3 y 1.3, CA 1949. Ver HESSE, CONRADO, *Constitución y derecho constitucional*, en BENDA, ERNST - MAIHOFFER, WERNER - VOGEL, HANS MOCHEN - HESSE, KONRAD - HEYDE, WOLFGANG, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 1/15, esp. pág. 6.

(28) KOMMERS, DONALD P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª ed., Duke University Press, Durham, 1997, pág. 33.

(29) Art. 1.2, CA 1949.

(30) Art. 1.3, CA 1949.

(31) HESSE, CONRADO, *Significado de los derechos fundamentales*, en BENDA, ET AL., *Manual...* cit., págs. 83/115, págs. 106/107.

federal, y desde la del Tribunal Superior de Justicia porteño.

Resultan de obligada referencia los fallos de la Corte Suprema "Hotel Internacional Iguazú"⁽³²⁾, de 1987; los dos Ekmekdjian, "Ekmekdjian c. Neustadt"⁽³³⁾ y "Ekmekdjian c. Sofovich"⁽³⁴⁾, de 1992; "Urteaga"⁽³⁵⁾, de 1998; y "Ramos"⁽³⁶⁾ de 2002.

En "Hotel Internacional Iguazú"⁽³⁷⁾ no sólo se afirmó el carácter operativo de la ley aplicable a uno de los rubros de la demanda, sino que, además, se determinó, en forma prudente, y por ausencia de reglamentación, la indemnización que sustituía a la no concreción de los regímenes especiales que debían haberse proporcionado a la actora, quien los había tenido en cuenta al ofertar por hallarse vigentes aun cuando no se hallaban reglamentados⁽³⁸⁾.

En "Ekmekdjian c. Neustadt"⁽³⁹⁾ se consagró la tesis dualista en punto a los tratados internacionales a efectos de su rango en el plano interno, tesis que fue derribada por la tesis monista en "Ekmekdjian c. Sofovich"⁽⁴⁰⁾, y reafirmada en "Petric"⁽⁴¹⁾, de

(32) "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos: 310:2653 (1987).

(33) "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", Fallos: 311:2497 (1988).

(34) "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492, 1992.

(35) "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16.986", Fallos: 321:2767, 1998.

(36) "Ramos, Marta Roxana y otros c. Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo", Fallos: 325:396 (2002).

(37) "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos: 310:2653 (1987).

(38) "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos: 310:2653 (1987), consid. 12, esp. págs. 2670/2671.

(39) "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", Fallos: 311:2497 (1988).

(40) "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492 (1992); ver, asimismo, BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N., *Análisis de la razonabilidad de las reglamentaciones de los derechos personales*, en Santiago, Alfonso (coord.), *Función política de la Corte Suprema*, obra en homenaje a Julio Oyhanarte, Buenos Aires, Ábaco, 2000, págs. 225/247; DALLA VÍA, ALBERTO R., *Cuestiones que surgen en torno del derecho de réplica y el fallo de la Corte Suprema en la causa Ekmekdjian*, en Dalla Vía, Alberto R. (dir.), *Derecho constitucional*, Colección de análisis jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2003, págs. 434/439.

(41) "Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12", Fallos: 321:885 (1998); anotado por GELLI, MARÍA A., *El caso Petric: valor agregado de la rectificación o respuesta?*, en LL. 1998-F-53/61.

1998, en el cual se rechazara el agravio relativo a la no operatividad⁽⁴²⁾. Con similar espíritu, también el art. 43 de la CN, en cuanto establece la acción de hábeas data, fue tenido por operativo con la mera sanción del texto constitucional en "Urteaga"⁽⁴³⁾, de 1998. Se superaba, así, la diferenciación entre derechos de fuente constitucional y derechos que quedaban pendientes de reglamentación⁽⁴⁴⁾.

Finalmente, "Ramos" muestra una operatividad vencida por las reglamentaciones y las vías procesales pertinentes. Como se recordará, este caso -con sus hechos cuidadosamente elegidos- se inició una acción de amparo en competencia originaria de la Corte Suprema; dirimida la cuestión de la competencia⁽⁴⁵⁾, se concluyó en el rechazo de la acción incoada⁽⁴⁶⁾. La Corte Suprema abrió su jurisdicción⁽⁴⁷⁾ pero, en cuanto al fondo, se privilegió la identificación de las normas que reglamentaban los derechos de la actora, así como el recurso a las vías legales pertinentes.

Con posterioridad a estos fallos se produjo el importante decisorio "Q. C., S. Y."⁽⁴⁸⁾. En el caso, la actora, madre de un menor con discapacidad -encefalopatía crónica no evolutiva- accionaba para que se la incluyera en un programa oficial para acceder a una vivienda. La Corte Suprema, sensible ante las particularidades del caso, mantuvo la tutela cautelar oportunamente brindada, ordenando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le brinde "alojamiento" con condiciones edilicias adecuadas a la patología del menor. En punto a la operatividad, dijo ese

(42) "Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12", Fallos: 321:885 (1998), consid. 5º.

(43) "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16.986", Fallos: 321:2767 (1998), esp. consid. 9º; ver, asimismo, BASTERRA, MARCELA I., *Reconocimiento constitucional del hábeas data*, en Dalla Vía (dir.), *Derecho...* cit., págs. 678/686.

(44) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La ampliación del espacio de los derechos personales en un liberalismo solidarista*, en AA.VV., *Los derechos de la persona en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Fundación Carlos Pellegrini, 1987, esp. pág. 7.

(45) "Ramos, Marta Roxana y otros c. Mrio. de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros s/amparo", Fallos: 323:3873 (2000).

(46) "Ramos, Marta Roxana y otros c. Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo", Fallos: 325:396 (2002).

(47) Ídem, nº 55.

(48) Q. 64.XLVI - RHE, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24-4-12.

(19) Art. 45.

(20) BACHOF, OTTO, *Jueces y constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, Civitas, 1985, pág. 40.

(21) Ídem.

(22) Art. 1.3 de la *Ley fundamental para la República Federal de Alemania* (en adelante, CA), promulgada por el Consejo Parlamentario el 23-5-49 (versión en vigencia desde el 4-11-95), trad. Ernesto Garzón Valdés, Ricardo García Macho y Kart Meter Sommermann (colabs.), Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn, 1994, pág. 42.

(23) UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES, INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, *Ley fundamental de Alemania Occidental*, Buenos Aires, 1960, pág. 10.

(24) Se transcribe la versión citada en n. 22: art. 1: (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán,

Tribunal que las normas aplicables al caso indicaban que no se estaba ante una operatividad directa, sino ante una "operatividad indirecta" pues "las normas mencionadas no consagran (...) el (...) que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial". De este modo, operatividad indirecta -o, entiendo, relativa- implica una sorprendente ligazón entre derecho y legitimación pues "no todos los ciudadanos" pueden solicitar, judicialmente, una vivienda⁽⁴⁹⁾.

En cuanto a la experiencia porteña, existe un abanico de casos de necesaria mención, que dan un perfil particular a la operatividad de los derechos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Se ha resuelto "Ramallo"⁽⁵⁰⁾, de 2002, caso de acceso a la vivienda digna, al igual que el mencionado "Ramos"; en el mismo se ordenó al estado demandado que brindara a los actores una adecuada cobertura de la emergencia habitacional, hasta tanto se hallaren en condiciones de superar el estado de máxima crisis que padecen. El Tribunal interviniente, luego de enumerar las normas que consagraban ese derecho⁽⁵¹⁾ y las normas constitucionales específicas⁽⁵²⁾, identificó al responsable del cumplimiento de la respectiva carga de tutela⁽⁵³⁾, el plexo normativo local reglamentario del derecho del nivel internacional⁽⁵⁴⁾, y enfatizó que "en concordancia con el nuevo inc. 19 del art. 75 de la CN, pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional"⁽⁵⁵⁾. Por último, y en lo que interesa, fundó la existencia de un deber de hacer a cargo del gobierno local y la "operatividad y exigibilidad judicial en dicho marco"⁽⁵⁶⁾, incluso ante la ausencia de reglamentación⁽⁵⁷⁾. Así, se advierte la trascendente influencia de la cláusula contenida en el art. 10 de la CCABA, en punto a asistir a los derechos y su concreción, más allá de los costos involucrados en ello, a tenor de la transcripción efectuada.

Por último, en el ámbito porteño se han producido, también, una pluralidad de casos relevantes a efectos de colocar, en su adecuada perspectiva, la tensión entre consagración de derechos y su operatividad, por un lado, y medios para efectivizarlos: "Panza"⁽⁵⁸⁾ y "Tolosa"⁽⁵⁹⁾, de 2006, sobre emergencia habitacional; "Alba Quintana"⁽⁶⁰⁾, de 2010, sobre una temática similar; y "Ministerio Público - Morales Cortiñas"⁽⁶¹⁾, de 2010, relativo a la ocupación del Parque Indoamericano, en el cual el Tribunal Superior de Justicia resolvió por ante cuál fuere debía tramitar la causa, resultando incompetente el fuero contencioso administrativo y tributario

el fuero contencioso administrativo y tributario

(55) GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, pág. 176.

(56) Consid. 13.

(57) Consid. 15, con cita del art. 10, CCABA. Trataríase, entonces, de una instancia de derechos autooperativos, en la terminología de FERREYRA, R. GUSTAVO, *El régimen del amparo y la defensa del derecho en la Constitución*, en Ekmekdjian, Miguel A. - Ferreyra, Gustavo (coords.), *La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 2000, págs. 139/225, esp. pág. 157.

(58) TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. n° 4270/05, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'" del 23-5-06.

(59) TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. n° 4568/06, "Tolosa, Estela Carmen c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 9-8-06.

(60) TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. n° 6754/09, "Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 12-5-10.

(61) TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. n° 7785/10, "Ministerio Público - Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Morales de Cortiñas, Nora Irma y otros c. GCBA s/medida cautelar'", del 23-12-10.

local. Todos ellos han sido ya cuidadosamente reseñados⁽⁶²⁾. Todos ellos dejan entrever la íntima vinculación entre operatividad y preexistencia de fondos al efecto, e irradian efectos hacia las decisiones que se gestan en las instancias inferiores⁽⁶³⁾.

Decisiones, costos. Más allá del consecuen- cialismo. Este vistazo de la jurisprudencia permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados. Se recordará que, en cierto modo, toda elección o decisión tiene sus costos; en tal contexto, traigamos al presente la preocupación de HOLMES y SUNSTEIN: "Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas (...) Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad"⁽⁶⁴⁾.

A la luz de esta transcripción, entiendo que no se trataría sólo de consagrar derechos, incluso con un máximo de operatividad, como ocurriría en la Ciudad de Buenos Aires, bajo el art. 10 de la CCABA, sino de asegurar que se puedan enju-

gar los costos ínsitos en esa consagración. Caso contrario, la propia realidad se encargaría de tornar la implementación de las soluciones jurisprudenciales en verdaderas sorpresas.

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría una *re-sizing*, o redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, como muestra alguna experiencia comparada⁽⁶⁵⁾, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o derecho de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas del país. De tal manera, se cumpliría lo querido por la cláusula constitucional de la prosperidad, como agudamente adelanta PALUMBO⁽⁶⁶⁾, y dentro del área de los "actos favorables"⁽⁶⁷⁾, que permiten al Estado ayudar de esta manera a los necesitados. Pienso que tal nivel de intervención estatal en la materia podría dotar de un grado de predictibilidad al sistema de derechos, y su aseguramiento, ley de presupuesto mediante. "Q. C., S. Y."⁽⁶⁸⁾ se anotaría,

(62) Ver la reseña que efectúa FERNÁNDEZ, BETTINA, *Sucinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación al derecho a la vivienda digna y adecuada*, en RAP, n° 398, págs. 81/114, esp. pág. 109.

(63) Ver, por ejemplo, CCont.-adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "C. M. G. J. c. GCBA y otros s/otros procesos incidentales", del 9-9-11.

(64) Me refiero al ya clásico HOLMES, STEPHEN - SUNSTEIN, CASS R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Co., New York, 1999, esp. págs. 43/44: "Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. (...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayer-funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement".

(65) Ver, con provecho, las diversas posibilidades habitacionales que ofrece, en el Reino Unido, la asociación <http://www.homelessuk.org/>, y sus servicios de asesoramiento, centros de día y hospedajes.

(66) Sigo aquí las lúcidas reflexiones de PALUMBO, LUCIO M., *El principio de subsidiariedad y el acceso a la vivienda digna en el marco de la cláusula del progreso y el desarrollo humano en la Constitución Nacional*, EDCO, 2011-545, donde realiza un profundo análisis constitucional de la cuestión.

(67) Acerca de ellos ampliar en CASSAGNE, JUAN C., *La intervención administrativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 68.

(68) Q. 64. XLVI - RHE "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24-4-12.

(49) El entrecorrido es de Q. 64. XLVI - RHE, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24-4-12, consid. 11, *in fine*.

(50) CCont.-adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, "Ramallo, Beatriz c. GCBA s/amparo - art. 14, CCABA", del 12-3-02; ver, asimismo, RAGGIO, MARTÍN H., *Protección jurisdiccional de los derechos sociales. Aspectos procesales. Parte III*, en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público.

(51) Art. 25, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vincula al Estado; art. 14 bis de la CN, de reconocimiento en el nivel nacional.

(52) Arts. 17, 20, 31, CCABA.

(53) Consid. 8ª, *in fine*.

(54) Consid. 12.

sorprendentemente, en esta racionalidad, extremo que contrasta con la profecía que trasuntaba el fallo del Tribunal Superior de Justicia local, en especial a la luz de los arts. 31 y 10 de la CCABA.

Todo ello, por cierto, para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) que difieren de derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad). El caso de estos últimos ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente reciente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Suprema⁽⁶⁹⁾.

V Conclusiones

Los jueces porteños tienen el trascendente rol de ser facilitadores de la concreción de los derechos y garantías, asistidos por la especial textura del texto constitucional local en punto a unos y otros, y alcanzados por ese formidable paraguas de operatividad que brinda el art. 10 de la CCABA. Todo ello, en un contexto de privilegio de los derechos humanos, categoría estirada para alcanzar, incluso, a los derechos humanos de los "Programas de derechos humanos y educación sexual", y a los derechos humanos "básicos", género que incluye, a tenor de ese artículo, además de los derechos humanos, los derechos reproductivos y los derechos sexuales (sección II).

Tanto en el plano sintáctico como en el semántico y pragmático, el llamado "modelo constitucional porteño" parecería estar asegurado por dos herramientas: la textual y la de la operatividad. Ellas permitirían vislumbrar una práctica judicial

(69) En el fallo "F. A. L.", del 13-4-12, la Corte Suprema construye una suerte de "derecho a abortar" o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto. Dice el consid. 25 de ese fallo: "Es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura".

porteña de profecías, al decir de HOLMES. Empero, no podría dejar de apuntarse que se advertirían, en el campo de los derechos involucrados en aspectos de bioética, soluciones incoherentes derivadas de la aplicación ciega del principialismo de origen estadounidense. Tales asistematicidades pueden superarse mediante una jerarquización interna de derechos en el texto constitucional, tal como ocurre con la constitución germana vigente (sección III).

Por último, la operatividad de los derechos, con su consagración en la práctica jurisprudencial del derecho comparado, posee su faz de concreción no sólo en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal —consciente de las reverberancias sociales de sus decisiones—, sino también en los precedentes de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Empero, esa concreción coloca en la disyuntiva el garantizar derechos y asegurar garantías haciendo caso omiso de los costos involucrados, o hacerlo dentro de las limitaciones emergentes de éstos. Esta horqueta en el camino de la toma de decisión —y el consecuente orden de prioridades que podría suscitarse— poseería entidad suficiente para dar lugar a esperables profecías o, en su caso, a sorpresas, sean ellas relativas a las soluciones de forma o de fondo adoptadas en cada caso. A todo evento, alguna experiencia de política legislativa foránea permitiría ponderar cómo, en la realidad, se enjugar los derechos básicos de las personas —como ser el derecho a un lugar donde vivir dignamente—, independientemente del título bajo el cual se lo torne operativo, aportándose predictibilidad al sistema de derechos (sección IV).

VOCES: GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CIUDAD DE BUENOS AIRES - COMPETENCIA - AMPARO - ESTADO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PROVINCIAS - CÓDIGOS - LEY - MINISTERIO FISCAL - MINISTERIO PÚBLICO - DERECHO ADMINISTRATIVO - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - RÉGIMEN DE FALTAS