

**“Fernandez Graciela M. y otros c/ GCBA s/ amparo”, sentencia del 12 de mayo de 2006.-**

**Voces:** Artículo 14 CCABA - Omisión lesiva - Derecho a la salud integral - Protección del ambiente - Derecho constitucional de incidencia colectiva a un ambiente sano - Costas: artículo 14 CCBA.

**“FERNANDEZ GRACIELA M Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”**

Buenos Aires, 12 de mayo de 2006.

Y VISTOS: Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 348/351 por la demandada –cuyo traslado no fue contestado por la actora- contra la sentencia obrante a fs. 338/342, por medio de la cual el juez de grado hizo lugar parcialmente a la acción de amparo incoada y distribuyó las costas en un 70% a cargo de la demandada y un 30% a cargo de la actora. La Sra. Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 368/369.

I. La actora dedujo acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que se condene a la demandada al “restablecimiento de las condiciones de salubridad, higiene, disponibilidad para los vecinos del Parque Lezama y zonas de adyacencias” (fs. 130 vta.). Al presentar el informe previsto por el art. 8 de la ley 16.986, la parte demandada se opuso al progreso de la pretensión y efectuó la negativa de rigor. Se refirió a la improcedencia formal y material del amparo. En tal entendimiento, señaló que a) los términos de la demanda resultan genéricos e imprecisos; b) la pretensión carece de sustento probatorio; c) de la prueba ofrecida no surge de manera palmaria la ilegitimidad alegada por la accionante; d) los actores no revisten legitimación activa; e) la demanda ha sido planteada extemporáneamente; f) la demanda no indica cuál es la norma omitida y, por ende, no hay omisión antijurídica de parte del Gobierno de la Ciudad; g) el deber de proteger los bienes de dominio público de uso común incumbe primordialmente a los miembros de la comunidad; h) se trata de una cuestión que requiere un amplio debate y prueba; i) el proceder de la administración ha sido siempre ajustado a derecho; j) la acción de amparo requiere la existencia de un acto de la administración que afecte en la actualidad o en forma inminente los derechos de los particulares; k) la actora no probó daño alguno y tampoco que exista un perjuicio de imposible reparación ulterior; y l) el derecho que se pretende proteger no se halla constitucionalmente amparado. El magistrado de primer grado hizo lugar al amparo. Para así decidir, sostuvo, por un lado, que los actores se encontraban legitimados con sustento en el art. 14 de la Constitución local y que su pretensión se halla relacionada con la omisión de las autoridades administrativas consistente en la falta de mantenimiento del Parque Lezama en condiciones de seguridad e higiene. Destacó que la omisión no se relaciona con ausencia legislativa alguna. Rechazó el planteo sobre la extemporaneidad de la acción ya que el daño que se presenta es de renovación constante porque se trata de una omisión por parte de las autoridades locales en su obligación de cuidado y preservación del espacio público a su cargo. Señaló que la vía elegida es idónea y que el criterio restrictivo fue atemperado por sendos precedentes de la Corte Suprema. Finalmente, en lo que se refiere a aspectos formales, entendió que las pruebas rendidas resultan suficientes para dirimir la materia en debate. En cuanto al fondo, puso de manifiesto que la Constitución local se refiere específicamente al tema objeto de estos actuados en los arts. 26; 27, incs. 3 y 4; 104, incs. 24 y 27; y 105, inc. 5. Consideró que a los fines de cumplir tales mandatos constitucionales no resulta necesaria regulación legislativa y que el gobierno tiene la obligación de mantener en condiciones los parques públicos y la ciudadanía el derecho a exigir su cumplimiento. Tuvo por acreditadas ciertas anomalías respecto de las cuales resultaba necesario adoptar sendas

medidas a los fines de asegurar su buen estado y seguridad. En cuanto a la feria o mercado, destacó que su instalación estaba autorizada por la administración y los actores no impugnaron la legitimidad de los actos administrativos que la legitiman. En consecuencia, concluyó que no puede examinar dicha cuestión y que los puestos deben ser mantenidos, sin perjuicio de que su ubicación no debe interferir la entrada y salida de las propiedades particulares y de detallar una serie de medidas que la demandada debe adoptar para que los puestos no interfieran con el tránsito vehicular o el uso de automóviles por parte de los propietarios de garajes sobre la cuadra. Finalmente, observó que no puede expedirse respecto de la recuperación del casco histórico, sobretodo en lo referente al Museo Histórico Nacional, toda vez que la administración de este último no corresponde a la Ciudad y, con relación al primero, los planes referidos a la promoción de dicha área es de resorte exclusivo de los Poderes Legislativo y Ejecutivo locales. Contra esta sentencia, se alza la parte demandada a tenor de los argumentos que expone en su memorial.

II. La accionada se agravió de que a) no existe omisión lesiva por parte del GCBA; b) no se encuentran lesionados derechos subjetivos; y c) se hayan impuesto las costas un 70% y un 30% a cargo de la actora.

III.- Así las cosas, cabe adentrarse, en primer término, a los agravios relativos a la ausencia de omisión lesiva por parte de la demandada. Ante todo, vale recordar que el art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte...”. Así pues, la acción de amparo requiere la existencia de un acto lesivo que puede provenir de un hecho positivo o negativo. Por ello, “...todo tipo de manifestación estatal, sean actos, hechos, acciones, decisiones, órdenes, negocios jurídicos u omisiones, con capacidad para afectar los derechos de los particulares, quedan comprendidos en el precepto y, por lo tanto, son susceptibles de excitar el control jurisdiccional” (cf. Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A., El amparo. Régimen procesal, 4<sup>º</sup> edición, Librería Editora Plantense, La Plata, 2000, pág. 19). En este entendimiento, “Sea entonces que la administración incumpla con sus cometidos o no ejecute los objetivos propios en el marco de su competencia –inactividad material- o que no impulse o resuelva las peticiones que se le formulen –inactividad formal- su pasividad puede afectar derechos constitucional o legalmente reconocidos y, de ese modo, producir daños graves e irreparables, que dejen habilitada la vía del amparo” (cf. Morello y Vallefín, op. cit.).

IV.- Sentado ello, resulta necesario analizar si se configuró una omisión lesiva. En la parte dogmática, el art. 20 de la CABA dispone que “Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidad de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente” (énfasis agregado). A su vez, el Capítulo Cuarto de la Ley Suprema local se refiere expresamente al ambiente y establece, en su art. 26, que “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras” (el resaltado no está en el original). Por su parte, el art. 27 señala que “La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural...promueve: ...3) La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito, en particular la recuperación de las áreas costeras y garantiza su uso común. 4) La preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parquizadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica, y la preservación de su diversidad biológica...” (el destacado nos pertenece). El art. 104 de la Constitución local coloca entre las atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno, el ejercicio del poder de policía (inc. 11), la

administración de los bienes que integran el patrimonio de la Ciudad (inc. 24), la preservación, restauración y mejora del ambiente, los procesos ecológicos y los recursos naturales. Asimismo, entre los deberes del Jefe de Gobierno establece la disposición de medidas necesarias para el cumplimiento de las normas de higiene, seguridad y orden público (art. 105, inc. 6). Además, cabe advertir que la Secretaría de Medio Ambiente y Espacio Público tiene la misión de formular las políticas referidas a espacios públicos y controlar su aplicación. Dentro de dicho organismo, funciona también –dependiente de la Subsecretaría de Medio Ambiente y Espacio Público- la Dirección General de Gestión del Espacio Público cuya responsabilidad primaria consiste en la elaboración de planes, programas, acciones y normas referidas a la Gestión del Espacio Público y, en especial, a la vía pública, promoviendo la conciencia social sobre el valor, cuidado del espacio público y modalidad del uso en los distintos sectores de la Ciudad. El bloque normativo descrito demuestra la existencia de un deber inexcusable de la Ciudad en la protección del ambiente, en particular, de los parques y las áreas forestadas.

V.- Verificada la obligación de la demandada, resta observar si los deberes enunciados precedentemente se encuentran cumplidos, para lo cual, resulta imprescindible tener en cuenta la prueba que obra en los actuados. La inspección ocular llevada a cabo por el magistrado de grado resulta fundamental a los fines de la resolución de este caso. En el acta labrada por el a quo, se plasmaron las siguientes anomalías: 1) la existencia de puestos de venta que impiden el tránsito vehicular y la imposibilidad que tienen los vecinos de sacar sus automóviles de las cocheras; 2) innumerable cantidad de gatos; 3) un sector del parque enrejado y con candado, cuya llave está en poder de una vecina; 4) la existencia de dos baños (para todo el parque) que sólo están abiertos los fines de semana y los feriados; 5) una instalación eléctrica a la intemperie y un tablero de luz perteneciente a la empresa Edesur abierto de donde se desprende una conexión clandestina, además de ser utilizado por los feriantes por medio de cables que cuelgan de los árboles; 6) la ausencia de césped en muchos sectores del parque; 7) un desagüe obstruido por tierra y roto; 8) sendas roturas y faltantes en el área de juegos; 9) ausencia de guardianes, salvo los fines de semana y feriados; 10) la existencia de una casilla de jardinería ocupada mediante una autorización verbal por quien alegó ser la capataz de los guardianes del parque y su familia, sin que la misma esté dotada de luz, agua o baño. Sin perjuicio de las deficiencias detalladas precedentemente –que resultan suficientes para lograr una convicción acerca del estado de la plaza-, surge del relevamiento efectuado sobre el predio por la Dirección General del Centro de Gestión y Participación N° 3 de la Subsecretaría de Descentralización dependiente del GCBA ya a fines del año 2001 (fs. 2) que “el estado de limpieza, en general, era de nivel deficiente”, además, de pérdidas de agua, árboles caídos sobre un sendero (palmera de gran porte); estacas de madera caídas, alambres sueltos y población durmiendo en el lugar con sus enseres, siendo relevante que varias de las cuestiones enunciadas tienen aún hoy vigencia, tal como se observa de la constatación de dicha prueba y la inspección ocular llevada a cabo por el juez de primera instancia. Nótese que, a fs. 5, obra otra presentación del Director General del Centro de Gestión y Participación N° 3 remitida a la Dirección General de Normatización y Coordinación de Gestión Administrativa, con motivo de la solicitud efectuada por la Secretaría General de la Defensoría del Pueblo, respecto de la concentración de felinos en el parque. Allí se puso de resalto que se solicitó a la prestataria del servicio de limpieza de espacio verde que retirase los elementos que conforman el lugar donde viven los mencionados animales. Cabe advertir que dicha nota data del mes de octubre de 2001; empero, la proliferación de animales persiste hasta la actualidad y fue alegada por la parte amparista. Más aún, a fs. 60, se halla agregado un informe del Agrónomo, señor Jorge Sueldo, quien señala que: a) un alto porcentaje del suelo no tiene cobertura vegetal, circunstancia incomprensible atento que el parque cuenta con una red de riego en funcionamiento; b) raíces al descubierto con riesgo de que los especímenes pierdan anclaje, destacando que ello obedece en parte a la ausencia de pasto; y c) algunos ejemplares infectados por plagas. A lo expuesto, es dable agregar que del informe obrante en copia a fs. 227/229, surge que el suelo del parque se encuentra “desnudo”, sin cobertura vegetal, lo que se debe a la caída muy pronunciada que tiene el suelo, desplazando la tierra y

el césped cuando llueve, circunstancia que motivó la comunicación con la empresa encargada “para poner parapetos de contención”.

VI.- De la reseña de la prueba agregada y producida, se puede concluir que el Parque Lezama no se encuentra en las condiciones de higiene y seguridad que debiera, conforme las normas que regulan la cuestión, recayendo la responsabilidad primaria respecto de la omisión de su cuidado sobre la demandada, toda vez que ejerce el poder de policía en la materia. En efecto, tal como lo puso de manifiesto el a quo, existe un deber indelegable de la demandada de preservar los espacios verdes, las áreas forestadas y parquizadas, entre otras, con sustento en las normas constitucionales transcriptas en la sentencia (arts. 20; 26; 27, incs. 3 y 4; 104, incs. 24 y 27; y 105, inc. 6) que se halla incumplida. Ahora bien, concluido que existe un quebrantamiento del deber de guarda de la Ciudad, debe rechazarse el agravio planteado por la recurrente referido a la ausencia de omisión lesiva, y adentrarse al estudio de si dicha omisión produce una violación a los derechos subjetivos de los amparistas.

VII.- Bien es sabido que dentro de los recaudos que hacen procedente el amparo –sea por acción u omisión- se encuentra la constatación de una lesión a los derechos de la parte que recurre a esta vía. Ahora bien, la Constitución local garantiza el derecho de los ciudadanos a un ambiente sano (art. 26). Además, protege los derechos a la vida, a la seguridad, a la integridad (conforme lo establece el art. 10) y a la salud integral (que se vincula directamente con el ambiente, tal como surge expresamente del precepto constitucional –art. 20-). Los derechos mencionados revisten el carácter de operativos, es decir, deben ser inmediatamente aplicados, no requieren de una actividad legislativa que los reglamente, ya que no están condicionados –como sucede con los derechos programáticos- a otro acto normativo que los haga exigibles. La Corte Suprema de la Nación expresó que el carácter operativo de los derechos impone a los jueces la obligación de aplicarlos en los casos concretos, no obstante no estar reglamentados por el Congreso de la Nación (cf. doctrina sentada en CSJN, “Conesa Menes Ruiz, Horacio c/ Diario Pregón”, 23/4/1996, LL 1996-C, 497). Más aún, en la causa “Siri”, el Alto Tribunal expresó que “...cuando la Constitución reconoce u otorga inmediatamente un derecho a favor de los individuos, confiere título suficientemente operativo a su titular para hacerlo valer ante el Estado y ante los particulares”. Sentado ello, corresponde poner de manifiesto que la existencia de tomas de electricidad a la intemperie y de cables expuestos pendientes de los árboles, los caños obstruidos y rotos, el riesgo de caídas de árboles, así como, las roturas en los juegos de la plaza a donde asisten, mayoritariamente, niños, constituyen todos objetos riesgosos para la vida, la salud y la integridad de las personas que asisten al predio, es decir, su seguridad individual. Además, de constituir un ambiente “no sano” para aquéllos, justamente por el riesgo que tales deficiencias provocan para las personas que transiten o visiten el lugar. La relación entre los derechos a la vida, la salud, la integridad, por un lado, y el ambiente sano, por el otro, resulta una obviedad, toda vez que el derecho a la salud –como parte inherente del derecho a la vida- en un sentido amplio, además de proteger la integridad física y mental de los hombres, brega por el desarrollo integral del ser humano, lo que incluye que dicho desarrollo se lleve a cabo en un ambiente sano. Así pues, “...la salud, en los modernos procesos constitucionales, ...adquiere el carácter de derecho subjetivo para los "ciudadanos sociales" en las sociedades pluralistas y democráticas, al mismo tiempo que impone deberes positivos a cargo de la autoridad pública, no sólo en la asistencia sanitaria frente a la enfermedad sino muy particularmente en el plano de la adopción de medidas positivas que favorecen un mayor bienestar y calidad de vida de los ciudadanos, a través de medidas no sólo de atención de la salud sino de real y efectiva tutela del derecho a la atención sanitaria aunado a políticas de promoción de los más altos niveles de salud y calidad de vida alcanzables” (cf. Hooft, Pedro Federico, “Derechos individuales vs. derechos colectivos en salud: ética y justicia”, LL, 2004-C, 1320).

VIII.- Finalmente, corresponde observar que la necesidad de contar con un ambiente sano ha sido una preocupación en la Convención Constituyente

Nacional de 1994, quienes debatieron la cuestión al incorporar el art. 43 a la Ley Suprema. En dicha oportunidad, la convencional Roulet –si bien refiriéndose al ruido- expuso que “La sanidad es la primera calidad que debemos exigirle al ambiente. Este primer principio se estableció también en la declaración de Río de Janeiro y, además, acompaña el pensamiento ecologista desde hace muchos años. El concepto de sano no solamente tiene que ver con la preservación y no contaminación de los elementos como el aire que respiramos, el agua que bebemos o el suelo del cual podemos obtener los alimentos, sino además con todos aquellos ámbitos construidos por el hombre. Sano significa una ciudad con cloacas, con agua corriente, control de ruido y de las emanaciones, y con espacios verdes suficientes en relación con el espacio construido. Sano significa una vivienda adecuada, seca, aislada y luminosa; un ámbito de trabajo —ya sea una fábrica o una oficina— adecuado a su función, seguro y confortable. Sano significa que las escuelas donde los niños y los adolescentes pasan una gran parte de su vida tengan este mismo tipo de condiciones, pudiendo hacer extensivo lo mismo a los hospitales, las cárceles, etcétera” (Obra de la Convención, tomo V, p. 4565, énfasis agregado). El derecho se encuentra incluso incorporado en tratados internacionales de jerarquía constitucional, cfr. art. 75, inc. 22, CN. Así, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por Resolución 2.200 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19/12/66, ratificado por nuestro país en la ley 23.313 y ahora incorporado al texto mismo de la Constitución Nacional. En efecto el artículo 12 del mencionado pacto establece que los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, (inc. 1) comprometiéndose a adoptar entre otras medidas, el mejoramiento (...) del medio ambiente” (inc. 2 b). A lo dicho, debe añadirse que de nada sirve contar con espacios verdes suficientes en relación con el espacio construido si tales sitios no pueden ser utilizados plenamente por la población o su goce importa un peligro para su vida, su salud, su integridad, o su seguridad. Máxime si ya existentes dichos espacios, su inutilidad o uso restringido se debe a la omisión en el deber de cuidado del propio estado local.

IX.- En conclusión, la recurrente no puede desconocer el derecho constitucional de incidencia colectiva a un ambiente sano y los derechos subjetivos a la salud, a la seguridad y a la integridad física, que resultan claras manifestaciones del derecho a la vida y que fueron los que dieron sustento a la decisión de grado. Tales derechos –que, en el sub lite, se encuentran lesionados por la inactividad de la demandada- tienen todos, obviamente, recepción constitucional; los últimos desde la constitución histórica y, el primero, tras la reforma constitucional de 1994. Todas estas circunstancias –que derivan en el rechazo del agravio planteado- parecen haber sido omitidas por la demandada ya que insistió reiteradamente a lo largo de este caso acerca de la ausencia de derechos subjetivos lesionados.

X.- En cuanto a las costas, toda vez que si bien existen vencimientos parciales y mutuos –tal como señalara el a quo en su sentencia-, lo cierto es que, a criterio de este Tribunal y teniendo en cuenta las cuestiones planteadas por la parte actora que no han tenido favorable acogida, cabe modificar la imposición dispuestas por el juez de grado, distribuyéndolas en el orden causado. Sin perjuicio de ello, debe recordarse a la recurrente que, conforme lo ha dicho reiteradamente este Tribunal, el cuarto párrafo del artículo 14 C.C.A.B.A. dispone que el accionante está exento de costas, salvo temeridad o malicia. Dado que el precepto se refiere claramente sólo al actor y no a las partes, la exención dispuesta por la norma alcanza únicamente al amparista y no puede extenderse a su contraparte, quien, en caso de resultar vencida, debe cargar con las costas pertinentes conforme a las normas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo y Tributario, aplicables al amparo en virtud de la supletoriedad dispuesta por el art. 17 de la ley 16.986 (esta Sala, in re “J.C. Taxi S.R.L. c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, pronunciamiento del 4/12/00; “Fundación Mujeres en Igualdad c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, pronunciamiento del 12/12/00; Sala II, in re “Pujato”, ya citado). Del mismo modo deberá hacerlo el actor, siempre que resulte vencido y en la sentencia se declare que su conducta fue temeraria y/o maliciosa (conf. art. 14 C.C.A.B.A., ya citado). En consecuencia, la actora se encuentra eximida del pago de las costas que le corresponden.

Por todo lo expuesto, y oída la Sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar la resolución recurrida en todo cuanto decide, a excepción de la imposición de las costas, las que deben distribuirse en el orden causado conforme lo dispuesto en el considerando X de esta sentencia. 2) Sin costas de la Alzada atento la ausencia de controversia. Regístrese, notifíquese y a la Señora Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase. Dr. Carlos F. Balbín Dr. Horacio G. Corti Dr. Esteban Centanaro