

Dictámen Nro: **0104/07** - - Expediente Nro: **22095/07**

Fecha Dictámen: **2007-05-18**

Carátula: **L., J. C. y OTROS S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN**

Materia: **Inconstitucionalidad**- - Fuero: **Originarias**

TEXTO DICTAMEN

Excmo. Tribunal:

I

V.E. corre vista a esta Procuración General a fin de que dictamine sobre la naturaleza jurídica, competencia y eventual procedencia formal de la acción promovida.

Comparecen en autos los Sres. J. C. L. invocando el carácter de curador oficial de E. del C. A. S. y V. E. M. y P. R. V., padres de L. N. V..

Efectúan una relación de los hechos consistente en reseñar la realización de una serie de trámites tendientes a obtener un terreno con el objeto de solucionar su situación habitacional. Tales actuaciones fueron realizadas por ante la Municipalidad de El Bolsón sin haber obtenido -dicen- resultado positivo.

En función de ello, interponen acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Municipalidad de El Bolsón (art. 207 inc. 2 ap. d) de la Constitución de la Provincia de Río Negro) con el fin de que se ordene a dicha Municipalidad, la entrega mediante Ordenanza de Adjudicación de un terreno social a los peticionantes y su posterior titularización.

Sostienen que la normativa que demandan es el cumplimiento de la Ordenanza 108/92 es decir, “el otorgamiento de vivienda o terreno -conforme lo peticionado para cada caso- mediante la norma (Ordenanza de adjudicación) como debe ser dado un terreno en el ámbito municipal, según la Ordenanza 108/92”.

II

Asignada por la parte actora, naturaleza jurídica de acción de inconstitucionalidad por omisión a su presentación de fs. 36/40 corresponde

expedirme, como me fuera requerido -en primer lugar- acerca de la competencia.

La misma surge claramente del art. 207 inc. 1 ap. d) de la Carta Magna Provincial. La cláusula constitucional le atribuye expresamente jurisdicción originaria y exclusiva al Superior Tribunal de Justicia en la acción que analizo.

Al respecto V.E. ha resuelto que: “En un intento por sistematizar los postulados de un control judicial de inconstitucionalidad por omisión, Sagües cita entre otros a R. Pina, quien asevera que “si dentro del término fijado por la Constitución (o si no hay plazo, DESPUES DE UN PERÍODO RAZONABLE) el Poder Legislativo no dicta la norma regulatoria, su mora implica violación al mandato constitucional y al Poder Judicial le toca ajustar la solución del caso al precepto constitucional no aplicado por el Legislador, sin perjuicio del derecho de éste a ejercer sus atribuciones constitucionales de regulación en el futuro”. (cf. Sagües, op. cit.; R. E Pina, “Cláusulas constitucionales programáticas”, Bs. As., Astrea, 1973, p. 24 y ss). Si bien en nuestro caso, la norma de la Constitución establece un procedimiento más complejo para llegar a esa solución judicial -con preliminar fijación de un plazo para que se subsane la omisión-, resulta de interés destacar el reparo -que en mayúsculas se consigna- referido a la razonabilidad de la demora”. (se. 36/96 in re “G. D. A. s/ Inconstitucionalidad por omisión” (20.11.96).

Más recientemente y con la actual integración ese Alto Cuerpo estableció que “Si falta la ley, conforme lo tiene ordenado la Constitución, tenemos la forma de ponerla en marcha porque, el vacío legal o laguna del derecho sólo puede llenarse por medio de esta acción. Es decir, cuando el interesado se presente a ejercer su acción por inconstitucionalidad por omisión, el STJ va a tener la posibilidad de dirigirse al Poder Legislativo o Ejecutivo para que en un plazo determinado dicte la norma en cuestión. Si eso no ocurre, el Poder Judicial -en el caso el STJ- ha de dictar la norma que corresponda para la situación específica. Además podrá condenar al Estado por los daños y perjuicios que pudieran haber ocurrido (Cf. Dra. Graciela Campano en la sesión del 8.5.88)”. (Voto del Dr. Lutz en autos “L., N. R. s/ Acción Declarativa”, se. 73/00 del 13.9.00).

III

Evaluando la eventual procedencia formal de la acción promovida en autos, útil resulta señalar que conforme enseña Néstor P. SAGÜES en “La Acción de Inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro” (La Ley 1997-D, 59) esta acción de inconstitucionalidad enfrenta no cualquier supuesto de inconstitucionalidad por omisión, sino el derivado de la falta de sanción de normas cuyo dictado exige la Constitución. Con esto quiere significarse que la inconstitucionalidad por omisión en la adopción o ejecución de otros actos de tipo individual (v. gr. de mora en el otorgamiento de un permiso municipal, de aprobación de un contrato público, etc.) no constituyen materia de esta acción.

La mora que se ataca debe derivar del incumplimiento en el dictado de una norma que la constitución impone como “un deber concreto” al Estado provincial o a los municipios.

Un supuesto de procedencia de esta acción es que haya “incumplimiento” por parte del órgano que debió dictar la norma, lo que supone plazos vencidos para hacerlo.

El típico caso es el contemplado en el artículo 22 de las normas complementarias de la Constitución rionegrina, donde se han establecido términos específicos para dictar determinadas leyes. En él se consigna que la Legislatura dicta las leyes que dispongan: la modificación del actual sistema de acefalía en el término de sesenta días; la jornada de labor de cuarenta y cuatro horas semanales en el término de seis meses; el Código de Procedimiento Minero en el plazo de un año, etc.

Es decir, la legitimación pasiva ha sido conferida respecto a casos de normas que debe dictar la Provincia o alguna municipalidad y resulta insoslayable señalar que no es el caso de autos. La Ordenanza 108/92 de la Municipalidad de El Bolsón cuyo cumplimiento se impetra mediante la acción sub examine regula la venta y administración de la Tierra Fiscal y de propiedad privada municipal.

La Norma regla los recaudos ineludibles para la adjudicación de parcelas municipales, crea el Registro Permanente de Solicitudes de Tierras Fiscales

y de Propiedad Privada Municipal estableciendo que las mismas serán resueltas por el Concejo Deliberante en base al orden de ingreso y al puntaje de calificación obtenido. Detalla los datos a consignar en la solicitud, las circunstancias que serán tenidas en cuenta para establecer el orden de prioridad en las adjudicaciones, los requisitos de edificación, las prohibiciones, la forma de pago, etc.

No surge de la norma invocada ocio legisferante alguno en instrumentar alguna de sus cláusulas. La norma no obliga a la Municipalidad de El Bolsón a dictar norma alguna tendiente a otorgarle a los presentantes un terreno o una vivienda, lo que hace es -como dije ut supra- normar y establecer los recaudos necesarios para proceder a “la venta y administración de la Tierra Fiscal y de propiedad privada municipal” (art. 1º de la Ordenanza 108/92).

La Ordenanza invocada no contiene ningún deber concreto de dictar norma alguna y, consecuentemente, tampoco tiene plazos para sancionar normas, ya sean éstos explícitos y fijos -como los establecidos en el art. 22 de las normas complementarias de la Constitución de la Provincia- o razonables -no fijos- como la reglamentación del derecho de revocatoria popular de leyes, reconocido en la Constitución rionegrina en sus arts. 2 y 149.

De lo dicho resulta que, a todas luces, la acción intentada carece de los mínimos recaudos exigibles para ser declarada admisible, por lo que debe ser rechazada in limine, lo que así dejo solicitado a V.E.

IV

En cuanto a la petición formulada en el “Otro si decimos” de transformar la acción en amparo del tipo mandamus, he de reiterar lo que V.E ha sostenido y reclamado esta Procuración General constantemente en el sentido de sostener que sin perjuicio de la informalidad del instituto y el medio a través del cual es comunicada la acción de amparo elegida por los amparistas, evidentemente el Juez del amparo debe evitar el dispendio jurisdiccional y ponderar sobre los amparistas el carácter invocado, el derecho concretamente afectado y el deber concretamente incumplido que generaría esa afectación, además de atender a la competencia que en

su condición de Juez letrado le asigna la ley 2430 en razón de la materia (au. in. n° 167 del 26/9/01, in re: “Hughes”, STJ.).

En tal sentido advierto, liminarmente, que el tribunal en ejercicio de la jurisdicción se encuentra facultado para alterar y adecuar el “nomen iuris” con el que la parte ha dado inicio a la acción pero no para suplir las falencias en cuanto al derecho invocado y la legitimación; como así tampoco respecto de la estructura y argumentación dada a la misma.

A todo evento, tampoco se puede deducir de las constancias de autos que haya existido rehusamiento expreso de parte de funcionario o ente público administrativo o negativa al cumplimiento de un deber, extremo necesario para la procedencia de la acción.

Como hemos sostenido en distintas oportunidades el amparo, en cualquiera de sus formas (arts. 43 a 45 de la Constitución Provincial) es una acción que para su procedencia debe reunir recaudos indispensables tales como: existencia de un deber concreto de un funcionario público y la negativa a su cumplimiento por parte del funcionario responsable.

Sabido es la informalidad de la cual gozan las garantías procesales específicas de los arts. 43 a 45 de la Constitución Provincial, pero ello no obsta a que se cumplan elementales normas de derecho como es acreditar la calidad invocada por la actora, los hechos en los cuales basa la acción como así también los derechos y garantías vulneradas.

V.E. ha dicho in re: “Odarda”, de fecha 21.9.05 que “Si bien la Constitución Provincial no exige formas sacramentales para la interposición de la acción . . . no es menos cierto que para petitionar justicia ante la lesión a un derecho de raigambre constitucional debe cumplimentarse con un mínimo de formalidades que permitan hacer procedente la excepcional acción intentada”.

V

Sin perjuicio de lo expresado, teniendo en consideración la particular

situación de los presentantes como así también la circunstancia de que refieren haber dado intervención a la Defensoría del Pueblo, estimo que en el presente caso, como en tantos otros, en los que el ciudadano accede a la Justicia en pos de una solución, aún cuando la misma no se le brinde en los términos pretendidos, al menos debe contar con una respuesta clarificadora y entendible que le permita finalmente gozar en plenitud del derecho que entiende se le ha vedado.

Se presenta así el caso más propio de la atención de la Defensoría del Pueblo que de la Jurisdicción, particularmente atendiendo -como dije anteriormente- a que los aquí presentantes recurrieron con anterioridad al citado organismo, para que sea éste quien, en orden a las facultades que le otorga el artículo 167 de la Constitución Provincial continúe con la intervención que le fuera requerida.

En autos obra una nota orientativa de la Defensora del Pueblo dirigida a la Sra. E. S. Sin embargo se desconoce si el organismo formuló pedidos de información o efectuó recomendaciones a los órganos de la Administración Pública que debieron interactuar en pos de brindar una solución, tanto a S. como a la familia del niño L. N. V.

Tengo para mí V.E. que si bien el Municipio de El Bolsón y el Honorable Concejo Deliberante no están compelidos a forzar la aplicación de una Ordenanza que regula el modo de adjudicación en venta de tierras fiscales; si están obligados a proveer al Bienestar General de los habitantes de El Bolsón, como unidad primaria y autónoma de organización institucional. Luego, si las posibilidades de solución no se encuentran a su alcance, debe actuar como gestor de un principio de solución ante el Ministerio de Familia de la Provincia, ante el Concejo del Discapacitado y de este modo el ESTADO -Municipal y Provincial- encaminarán sus acciones en pos de otorgar tratamiento oportuno y responsable a las obligaciones institucionales que la constitución les impone. La rémora, la falta de respuesta adecuada, o quizás, el desvío o incorrecta canalización de las respuestas puede ser corregida e incluso impulsada y bien direccionada por la Defensoría del Pueblo, en uso de sus facultades.

VI

En función de lo dicho, concluyo que en mi opinión la presente acción de inconstitucionalidad por omisión es de competencia originaria y exclusiva de V.E., conforme lo preceptuado por el art. 207 inc. 2, apart. d) de la Constitución Provincial, debiendo ser rechazada in límine como también merece igual temperamento el amparo/mandamus impetrado en subsidio, sin perjuicio de remitir a la Defensoría del Pueblo la documental acompañada por los presentantes a efectos de que se actúe conforme tutela la ley.

Es mi dictamen.

Viedma, 18 de mayo de 2007

Dra. Liliana Laura Piccinini
PROCURADORA GENERAL
PODER JUDICIAL

DICTAMEN N° 104/07