

Registrado al folio 72/76 del libro 425
de Sentencias definitivas 0771 AMP del
Juzgado. Año 2014 Conste.

María Gabriela Juanatey
Secretaría

***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
2012 "Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina"***

***"FUNDACION INTERAMERICANA DEL CORAZÓN ARGENTINA CONTRA GCBA Y OTROS
SOBRE AMPARO", EXPTE: A80472-2013 / 0***

Ciudad de Buenos Aires, 15 de agosto de 2014 gj

Y VISTOS:

Estos autos "Fundación Interamericana del Corazón-Argentina contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo", de cuyas constancias,

RESULTA:

1.- Que, a fs. 1/49, se presenta la Fundación actora y promueve acción de amparo colectivo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA)- Ministerio de Salud-, frente a la omisión manifiestamente ilegal y arbitraria de dar cabal cumplimiento con la Ley de Control de tabaco N° 1799, modificada por la ley 3718.

Señala que la violación sistemática de la normativa de control de tabaco evidencia que el GCBA no ha tomado las medidas necesarias e idóneas para la efectiva implementación de la ley de Control de tabaco en el territorio de la Ciudad cuya última modificación entró en vigencia el 5 de enero de 2012.

Expresa que a pesar de la prohibición legal expresa (art. 2 de la ley 1799) se consume tabaco en espacios cerrados de discotecas, bares nocturnos, salas de juego, entre otros locales y lugares de trabajo cerrados de la Ciudad de Buenos Aires. Afirma que dicha circunstancia no solo viola el derecho a la salud de miles de personas expuestas al humo de tabaco ajeno que asisten a dichos lugares – especialmente jóvenes- sino también los derechos a un ambiente sano, a la igualdad y a la no discriminación de los trabajadores de dichos establecimientos, en tanto los mismos sufren las consecuencias nocivas de la exposición al humo de tabaco ajeno mientras que el resto de los trabajadores se encuentran debidamente protegidos y no existe criterio objetivo alguno que justifique esa diferenciación.

Solicita que a fin de remediar esa situación se intime al GCBA a tomar medidas que se dirijan a cumplir de modo efectivo con lo dispuesto por la ley de control de tabaco y a que se adopten los remedios judiciales idóneos tendientes a resolver la situación de inconstitucionalidad planteada.

ES COPIA

Ma. GABRIELA JUANATEY
Secretaría

Afirma, luego de hacer un repaso sobre la normativa referida a los ambientes libres de humo, que la ley de tabaco no se cumple en la Ciudad de Buenos Aires.

Relata que efectuó diversas acciones ante diferentes organismos oficiales a fin de promover el cumplimiento de la ley obteniendo respuestas insuficientes de parte de la demandada. Refiere que interpuso variados pedidos de acceso a la información pública en virtud de la ley 104 a la Agencia Gubernamental de Control, Dirección general de Control de Faltas Especiales, a la Dirección General de Administración de Infracciones, a la Secretaría de Atención Ciudadana, al Ministerio de Salud de la CABA y a la Defensoría del Pueblo de la CABA.

Concluye en que su parte desarrolló distintas acciones con el objeto de evaluar el cumplimiento de la ley de control de tabaco nº 1799 y promover su adecuada implementación. Así, relata, realizó protocolos observacionales, mediciones de calidad de aire con el monitor Sidepak, certificaciones ante escribano Público y encuestas de opinión con el objetivo de conocer a través de medios fehacientes si la prohibición de fumar en espacios cerrados contenida en la ley, era respetada. Refiere que la información obtenida por diversas metodologías de investigación desarrolladas desde principios de 2012 muestra datos consistentes y demuestra que la norma de control de tabaco es violada sistemáticamente en salas de juego, discotecas, bares y pubs especialmente en horarios nocturnos así como también se observa el cumplimiento deficitario en edificios públicos.

Destaca que, de las respuestas recibidas por parte de los distintos organismos del Gobierno de la Ciudad, no existe un mecanismo eficiente que garantice la inspección de establecimientos de la Ciudad, el labrado de actas en caso de incumplimiento, el control de posibles reincidencias y la imposición de multas cuya recaudación tenga el destino correspondiente determinado por la ley. Infiere que ante la falta de información la demandada no cuenta con un sistema eficiente y coordinado para la aplicación efectiva de las sanciones ante el incumplimiento de la ley de control de tabaco.

Señala que, en casos como el presente, el control judicial sobre la conducta del Poder Ejecutivo y las normas emanadas de la Legislatura debe ser muy estricto debido al valor de los derechos en juego. Por ello resulta indispensable que el Poder Judicial intervenga de un modo que permita encontrar una solución definitiva a un problema que afecta la salud de miles de habitantes de la ciudad.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
2012 "Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina"

Pretende que la situación descripta configura un verdadero estado de cosas "inconstitucional", ya que estamos ante derechos violados en forma continua por un estado que parece incapaz de resolver la situación. Expresa que, a su entender, para resolver el presente caso, el tribunal debe encontrar remedios judiciales adecuados a este estado de cosas inconstitucional generado por la ineficiencia del GCBA a la hora de controlar el cumplimiento de la ley de control de tabaco.

En definitiva, solicita, que se intime al GCBA a tomar medidas que se dirijan a cumplir de modo efectivo con lo dispuesto por la Ley de Control de tabaco bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias a los funcionarios responsables de hacer cumplir la ley.

Funda su pedido en las leyes 1799 y su modificatoria, ley 3178; cita jurisprudencia, acompaña documental y ofrece prueba.

2.- Que, conferido el traslado de la demanda en los términos del art. 11 de la ley 2.145, lo contesta el apoderado del GCBA a fs. 299/307.

Luego de efectuar las negativas procesales de rigor y de reseñar el marco normativo que la rige, señala que el amparo no es la vía más apropiada para discutir el tema traído a debate, que la demanda tal como se efectúa resulta ser genérica, indeterminada y dogmática y carece de prueba determinante de perjuicios o afectación de derechos constitucionales. En tal sentido alega que el amparo no ha sido concebido para analizar estadísticas que denuncian un grupo de actores que dicen haber comprobado que la ley 1799 no es cumplida en reiteradas ocasiones en la Ciudad de Buenos Aires en diferentes establecimientos que dicen haber relevado. Ello por si solo no es suficiente para alegar un acto u omisión manifiestamente ilegal o arbitraria del GCBA. Destaca que el Estado (local o nacional) no puede estar detrás de cada habitante controlando su accionar en forma permanente. Resalta que los actores plantean que hay sujetos que incumplen la ley 1799; y también locales donde se incumple, situaciones éstas que no indican por sí mismas que esos incumplimientos se deban a una omisión manifiestamente ilegal o arbitraria del GCBA. No se demuestra ni se evidencia un solo caso de perjuicio cierto y concreto en una persona o grupo de personas. Tampoco intenta la actora una crítica concreta y puntual al desarrollo del

ES COPIA

Ma. GABRIELA JUANATEY
Secretaría

poder de policía que le incumbe en forma excluyente y exclusiva al Poder Ejecutivo de la Ciudad.

Aduce que los actores introducen planteos por la vía de la hipótesis y de la conjetura para intentar que el Poder Judicial emita, no una sentencia, sino un dictamen que sostenga que si algún ciudadano infringe la ley debe ser condenado el GCBA y no el ciudadano en cuestión.

Alega asimismo que, en el planteo efectuado no existe caso o causa judicial que justifique instar el ejercicio de la jurisdicción (art. 116 CN, 2 de la ley 27, art. 106 y 113 inc 2° de la CCABA) entendida (según jurisprudencia del Máximo Tribunal) como aquélla que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.

Finalmente la demandada formula planteo del caso constitucional y federal y solicita se rechace la acción intentada.

3.-Que, a fs. 308 se dispone proveer las pruebas ofrecidas por la parte actora.

A fs. 309/409 se encuentra producida y agregada la prueba ordenada en autos.

A fs. 415/419 se expide el Ministerio Público Fiscal con motivo de la vista conferida por el tribunal a fs. 412.

A fs. 424 pasan los autos a dictar sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- Que la acción de amparo consagrada constitucionalmente a partir de la reforma introducida a la Carta Magna en el año 1994 y en el texto de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobado en el año 1996, es el medio a través del cual se procura la tutela judicial efectiva de los derechos y procede contra todo acto u omisión de autoridad pública 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, la leyes de la Nación -art. 43 CN, la Constitución local, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte -art. 14 CCABA-. El amparo requiere que la presunta violación de los derechos constitucionales aparezca con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en virtud



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
2012 "Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina"

de la escasa amplitud de debate y prueba que la acción permite -CACAYT Sala II
"Giannattasio Horacio y otros c/GCBA (OSBA) s/amparo", del 28.5.2001-.

II- Que, asentado lo anterior, cabe señalar que respecto de la cuestión traída a consideración del Tribunal, no se advierte la existencia de caso, causa o controversia que habilite la procedencia de la instancia judicial que prevén los arts. 116 CN y 106 de la CCABA.

La falta evidente de tal requisito torna imposible la intervención del Poder Judicial en base a la mera denuncia de que no se ejercería un debido control del poder de policía por parte del GCBA para hacer cumplir la ley 1799 de control del tabaco. En efecto, conforme el art. 106 CCABA los jueces operan sobre causas, esto es, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva, y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativa que fuere y aunque encontrare alguna respuesta jurídica; extremo cuya concurrencia incumbe a los jueces verificar, aún de oficio. (Confr. TSJ "GCBA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Selser, Jorge Guillermo c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales en: Selser Jorge Guillermo c/GCBA s/ Amparo", de fecha 26/12/2013).

De los términos en que la demanda ha sido planteada no se advierte que la Fundación actora hubiese denunciado la existencia de un acto ilegal o arbitrario de parte del Estado local, que permita encuadrar la acción que intenta por la vía del amparo. El objeto central de la acción radica en que se le ordene a la demandada que haga cumplir la ley de control de tabaco N° 1799 (y su modificatoria la Ley 3578) alegando su incumplimiento en lugares públicos de esta Ciudad. Esto es que, en base a la observación que ha efectuado dicha Fundación en diversos establecimientos, ubicados en la Ciudad (lo que acredita con actas notariales que darían cuenta de que se fuma) pretende que el Poder Judicial le ordene al Poder Ejecutivo que realice una actividad tendiente a impedir que se fume en lugares públicos.

En tal sentido, con relación al pretendido incumplimiento del ejercicio del poder de policía, se ha dicho: "*Las constancias de autos orientadas a acreditar la existencia de irregularidades en el ejercicio del poder de policía no son asimilables al perjuicio inmediato que el amparo en su faceta preventiva tiende a evitar. La amenaza*

ES COPIA
Ma. GABRIELA JUANATEY
Secretaria

de daño exige que el desarrollo normal de los acontecimientos, según indica la experiencia, provocará si no se lo detiene o modifica el perjuicio denunciado como inminente. En cambio, cuando esta consecuencia aparece sólo como posible, la invocación preventiva del amparo deviene improcedente.

Por indisputable que sea esta regla, de todos modos, no se trata aquí de desconocer la importancia y urgencia con la que deben ser atendidas las irregularidades denunciadas. Simplemente no es el amparo ni el Poder Judicial la vía adecuada para hacerlo." (Conf. "Expte n° 5161/07 "Baltroc Beatriz Margarita y otros c/ GCBA s/ Amparo (art 14 CCBA) s/ recurso de Inconstitucionalidad concedido" y su acumulado exp. N° 4980/06 "Iglesias José Antonio s/ Queja por Recurso de Inconstitucionalidad Denegado en Baltroc Beatriz margarita y Otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA).

A mayor abundamiento vale recordar que "La razón de la institución del amparo no es la de someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley les encomienda, sino la de proveer de un remedio contra la arbitrariedad de sus actos (u omisiones) que puedan lesionar los derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental (del dictamen del Procurador que la Corte Suprema hizo suyo en fallos 327:2004). Es que, como lo ha establecido en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misión más delicada del Poder Judicial consiste en mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes del Estado (Fallos 155:248; 311:2580, entre tantos otros). Es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes, pero eso sí, limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos (Fallos 320:2851). Por lo demás este tribunal ha afirmado que los jueces no suplen la falta de decisiones políticas ni la oportunidad de las tomadas para conjurar una crisis, sí ejercen el control jurisdiccional destinado a asegurar la fundamental razonabilidad de estos actos e impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda es un deber indeclinable (ver CACAYT, Sala II, "Montenegro Patricia Alejandra y Otros c/ GCBA s/ amparo, exp. 17378/2, 7/10/2005)" (Conf. "Asociación Civil Por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA", Cámara de Apelaciones CAYT Sala II, 07/09/2006).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
2012 "Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina"

Por otro lado es dable recordar que el art. 3 de la ley 1799 modif. por la ley 3178 establece que "El Poder Ejecutivo determina la autoridad de aplicación de acuerdo a las áreas involucradas en el cumplimiento de la presente ley" y el art. 4° establece que a los efectos del adecuado cumplimiento de la presente ley se tendrán en consideración los objetivos que allí se detallan.

En este marco estimo que la Fundación actora contaba con otros mecanismos administrativos y/o judiciales en el caso de que entendiera -como señala en su escrito de inicio- que los agentes del GCBA no cumplieron con el debido ejercicio del poder de policía en la materia. En efecto, podría haber realizado una denuncia por incumplimiento de los deberes de funcionario público o denunciar, por la vía pertinente la comisión de faltas o contravenciones.

En el caso, no se advierte ni se precisa tampoco en la demanda, acto u omisión concreto derivado de una actividad ilegal o ilegítima por parte del Estado local. Por el contrario, la amparista se limita a enumerar actos genéricos, indeterminados en cuanto al sujeto que fuma y en cuanto al sujeto destinatario de la protección legal que la ley 1799 deberá asegurar.

III.- Que, asimismo, las probanzas de autos, nada aportan para dar sustento a un eventual acto, u omisión arbitraria o ilegítima. En efecto la parte actora ha pretendido describir la falta de control por parte del demandado a través de actas notariales, escrituras N° 135 y 136 por las cuales certifica ante escribano público el incumplimiento de controles (ver fs. 68/71). También adjunta gran cantidad de documentación relacionada con trabajos de investigación, estadísticas y recortes periodísticos vinculados a los efectos nocivos de fumar y a la circunstancia de que aún se fuma en algunos lugares en la CABA (ver fs. 72/232 y fs. 233/238).

También pretende probar los hechos de la causa denunciando que no se habrían impuesto multas por el incumplimiento de esta ley y que las mismas no han tenido el destino que la ley 1799 establece. En este aspecto también hay alegaciones genéricas e indeterminadas y la prueba informativa que produjo la parte nada acredita con respecto a que hubo o habría habido un obrar ilegítimo. El Art. 28 de la ley 1799 expresa: "Destino de las multas. Los importes recaudados por la aplicación de las

ES COPIA

MA. GABRIELA JUANATEY
Secretaría

multas establecidas en la presente serán asignados a programas de prevención y lucha contra el consumo de tabaco que implemente el Gobierno de la Ciudad.”.

En cuanto a la prueba de testigos obrantes a fs. 342/345 y 356 tampoco pueden ser valoradas a los efectos planteados por la actora, toda vez que se trata de tres personas que han trabajado para la Fundación Actora en dos casos y en otro caso se trata de una asistente al Bingo de Caballito y casinos de Puerto Madero y del Hipódromo Argentino, que dicen haber estado en lugares donde se fuma, lo que resulta insuficiente para tener por acreditado que el Estado local esté incumpliendo su deber de sancionar a quienes fuman en lugares públicos.

En efecto, de la prueba producida en autos no ha podido demostrarse la existencia de un afectado directo que hubiera sufrido un daño concreto.

Por ello, analizados que fueron los hechos, la ley aplicable y las pruebas producidas en autos no resulta admisible la pretensión amparista.

En este sentido es dable destacar lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia local en la causa “Baltroc” mencionada *ut supra* al decir que *“La amplitud de la intervención solicitada aparece por completo desvinculada de relaciones jurídicas concretas que brinden soporte a alguna disputa de derechos entre partes adversarias. (...) En realidad una pretensión de semejante latitud no busca poner fin a una o varias omisiones concretas sino antes bien, poner fin a toda irregularidad detectable en el universo de supuestos alcanzados por la categoría de actividad estatal objetada. (...) La actuación judicial solicitada (...) podría reducirse bajo el mandato que ordenara cumplir la ley con carácter general pero operativo para cada una de las veces que fuera verificado el presupuesto que enuncie la sentencia. Sin embargo, resulta evidente que una función con tales características no es compatible con las potestades asignadas por la Constitución al Poder Judicial. La posibilidad de instar acciones de naturaleza preventiva (...) difiere por completo y no puede confundirse con la de convertir al proceso judicial en un mecanismo de monitoreo o control concomitante del modo en que la autoridad competente ejerce el poder de policía”* (del voto del Dr. Lozano).

IV.- Que, respecto al planteo de inconstitucionalidad formulado por la amparista, de acuerdo con lo expuesto, y en atención a lo expresado por el Ministerio Público Fiscal en su dictamen, a cuyos términos me remito en honor a la brevedad, corresponde el rechazo de la inconstitucionalidad del obrar de la administración que invoca la actora. Ello así porque con tal planteo no están cuestionando la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
2012 "Año del Bicentenario de la Creación de la Bandera Argentina"

inconstitucionalidad de la actividad legislativa o de una omisión legislativa, sino de una hipotética omisión de la actividad del Poder Ejecutivo, cuestión que no es pasible de ser tachada de inconstitucional.

Por lo tanto la demanda tal como fue planteada, debe ser rechazada

A mérito de lo expuesto, **FALLO:**

Rechazando la acción de amparo interpuesta por la Fundación Interamericana del Corazón Argentina. Sin costas (conf. art. 14 CCABA)

Regístrese y notifíquese a las partes por Secretaría, y al Sr. Fiscal en su público despacho; oportunamente, archívese.

ES COPIA

Ma. GABRIELA JUANATEY
Secretaria

Dra. LIDIA E. LAGO
Jueza Subrogante

